


V e r g l e i c h u n g
der
Kurländischen
Rechtsbestimmungen
über
die Bürgschaft mit den einschlägigen
gemeinrechtlichen.

E i n e
zur Erlangung der Würde eines Magisters der Rechte
verfaßte und mit
Genehmigung Einer Hochverordneten Juristen-Facultät
der
Kaiserlichen Universität Dorpat
zur
öffentlichen Vertheidigung bestimmte Abhandlung
von
Gustav Vorkampff-Laue,
Candidaten der Rechte auf Kurland.



Mitau, 1856.

Gedruckt bei J. J. Steffenhagen und Sohn.

Thesen:

Der Druck dieser Abhandlung wird gestattet, und ist nach dessen Beendigung
sogleich die vorgeschriebene Anzahl von Exemplaren der Censur-Behörde einzureichen.
Dorpat, den 31. August 1856.

(No. 151.)
(L. S.)

Carl von Rummel,
d. j. Decan der Juristen-Facultät.

- 1) Die extraordinaire Appellation hat keinen Suspensiveffect.
 - 2) Der Pflichttheil der überlebenden Ehegatten gleicht nach Kurländischem Landrechte nicht der resp. Intestaterbportion.
 - 3) Zur Perfection des Kaufcontractes über ein Immobil ist nach Kurländischem Rechte die Corroboration der Urkunde nicht erforderlich.
 - 4) Die Relation des juramenti ignorantiae ist nicht statthaft.
 - 5) Die Benachrichtigung des Cessus über die Cession kann mit gleicher Wirkung durch den Cedenten wie durch den Cessionar geschehen.
 - 6) Die Verlautbarung des Votes, nicht der Zuschlag, bindet den Licitanten.
-

D 18061

Erster Abschnitt.

Rechtsverhältnis des Einzelnen unter mehreren Bürgen zum Gläubiger.
Beneficium divisionis.

A. Römisches Recht.

Die Bürgschaft oder derjenige Hinzutritt eines Dritten zu einem fremden Schuldverhältnisse, nach welchem der hinzutretende Contrahent zur größeren Sicherheit des Gläubigers die fremde Schuldverbindlichkeit selbst zu erfüllen verspricht, ohne jedoch durch diese Schuldübernahme die Person des ursprünglichen oder Hauptschuldners ex nexu zu setzen *), konnte nach ältestem römischem Rechte in mehrfachen, sowohl der Form als den Wirkungen nach verschiedenen Rechtsgeschäften geschehen.

Die Eingehung einer Bürgschaft in dem eben gegebenen Sinne, als einer cumulativen, accessorischen Intercession geschah in der altrömischen Form der Stipulatio. Es wird uns ein dreifacher modus für die Begründung der Bürgschaft durch verborum obligatio in den Quellen angegeben, nämlich Sponsio, Fidepromissio und Fidejussio. Zwischen der Sponsio und Fidepromissio fand kein erheblicher Unterschied statt ^{a)}, wol aber zwischen diesen beiden und der Fidejussio. Die ersteren setzten eine durch Stipulation begründete obligatio principalis voraus; die Fidejussio durfte dagegen zu jedem, selbst dem nicht

*) l. 1. § 8. Dig. de obl. et act. (44. 7.)

l. 65. de fidejuss. et mand. (46. 1.)

§ 5. Inst. de inut. stip. (3. 20.)

„Nam eorum (scil. fidejussorum) obligatio accessio est principalis obligationis.“

^{a)} Gaj. III. 118. sponsoris vero et fidepromissoris similis conditio, fidejussoris valde dissimilis.

jure civili begründeten Schuldverhältnisse hinzutreten ^{b)} und war daher als den freieren Rechtsverkehr besonders begünstigend, mehr als die andern im Gebrauche. Aber nicht nur hinsichtlich ihres Gegenstandes, d. h. der Natur der Hauptobligation, zeichnete sich die Fidejussio aus; auch ihre Wirkungen waren andere und zwar für den Bürgen strengere, für den Gläubiger aber günstigere als bei den erstgenannten Bürgschaftsformen, so daß sie dem Zwecke der Bürgschaft, der größeren Sicherheit des Gläubigers, am meisten entsprach. Einerseits ging die obligatio fidejussoria auf die Erben des Bürgen über, und war durch keine Verjährungsfrist beschränkt, während Sponsio und Fidepromissio streng an der Person des Bürgen haften, und nach dem Verlaufe von 2 Jahren erloschen; andererseits gestaltete sich das Verhältniß der Bürgen zu dem Creditor bei der Fidejussio abweichend von den beiden andern Intercessionsarten, wenn eine Mehrheit von Bürgen vorhanden war. — Unter mehreren Fidejussoren haftete nämlich Jeder für die ganze Schuld, und es hatte der Gläubiger die Wahl, jeden Einzelnen auf das Solidum zu belangen ^{c)}. Gab es dagegen der Sponsoren und Fidepromissoren für eine und dieselbe Obligation mehrere, so haften sie seit einer lex Furia nur pro parte virili, die Obligation zerfiel ipso jure in so viel Theile als Bürgen zur Zeit der actio nata existirten ^{d)}.

Dieser Unterschied nun wird für die vorliegende Untersuchung wichtig, da sich an ihn die Lösung der noch heutigen Tages wichtigen Frage über das Rechtsverhältniß des Einzelnen unter mehreren Bürgen zu der verbürgten Hauptobligation knüpft. Treten mehrere Personen sei es gleichzeitig oder successivo ^{e)} als Bürgen für eine und dieselbe Schuld ein, so ist vor Allem die Frage wichtig, wie verhält sich die Verbindlichkeit des Einzelnen der Bürgen zu dem

^{b)} Gaj. III. § 120.

^{c)} Gaj. III. § 120.

„et quotquot erunt (sc. fidejussores) numero, singuli in solidum obligantur; itaque liberum est creditori, a quo velit solidum petere.“

^{d)} Gaj. ibidem.

„et quotquot erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, in tot partes deducitur inter eos obligatio, et singuli viriles partes. . . . (debent).“

^{e)} Daß der spätere Eintritt eines ferneren Bürgen nach bereits geschehener Verbürgung Anderer zulässig war, geht aus Gaj. III. 123. hervor; cf. Savigny. Obligationenrecht. Theil I. S. 278.
Riben trop. Zur Lehre von den Correalobligationen. S. 88.

Gesamtgegenstände der Obligation; hat er für das Ganze, oder nur für seinen Antheil zu haften, wird für den Einzelnen eine obligatio pro parte, oder eine obligatio in solidum begründet? — Es gilt die in der Natur der Sache wol begründete Regel des römischen Rechts, daß mehrere Schuldner einer Obligation nur pro parte verpflichtet sind, so daß des Einzelnen Verpflichtung auf die Leistung des aus der Zahl der Personen und dem Gesamttinhalte der Obligation sich ergebenden resp. Theiles beschränkt ist, und daß die mit den mehreren Schuldnern eingegangene, der Form nach eine Obligation, dem Wesen und den Wirkungen nach in eine der Zahl der Schuldner entsprechende Mehrheit von Theilobligationen zerfällt. Soll sich aber die Verbindlichkeit jedes Einzelnen der Debitoren auf die ganze Schuld erstrecken, ohne daß die Leistung des ganzen Obligationsgegenstandes von jedem Schuldner cumulativ gefordert werden kann, vielmehr eine einmalige Leistung des Ganzen die Obligation zerstört, soll ferner nur eine Obligation in der Person mehrerer Schuldner, also eine passive Correalobligation begründet werden, so kann solche Abweichung von der gemeinen Regel nur durch ausdrückliche Willenserklärung der Schuldner oder durch Gesetzesvorschrift begründet werden. — Daß nach römischem Rechte der Hauptschuldner und die Bürgen dem Creditor gegenüber in einem Correal-Verhältnisse standen, darüber fehlt es nicht an directen Quellen-Zeugnissen ^{f)}.

Daß aber auch das Verhältniß der mehreren Bürgen zu einander ein correal-ales gewesen sei, d. h. daß die Obligation eines Jeden auf den Gesamttinhalte (solidum) der Hauptobligation gegangen, und dennoch nur eine Obligation stattgefunden habe, läßt sich nicht minder aus den Quellen nachweisen.

Der erstere Satz, daß jeder Mitbürge das Ganze zu zahlen gehalten sei, ist nach Justinianischem Rechte ganz unbestritten. Der alte Unterschied zwischen den mehrfachen Bürgschaftsformen und die hieraus sich ergebende Verschiedenheit der Wirkungen in Hinsicht des Umfangs der Verpflichtung des einzelnen Mitbürgen sind weggefallen. Die Sponsio und Fidepromissio sind antiquirt;

^{f)} I. 1. § 8. Dig. de O. et A. (44. 7.)

„qui autem alieno nomine obligatur, fidejussor vocatur; et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur.“

Vangerow. Bd. III. S. 68 und 69. Savigny. Oblig. S. 278.

geblieben ist von den durch Stipulation errichteten Bürgschaften nur noch die Fidejussio g). Hinsichtlich der Fidejussores nun galt nach dem ältesten Rechte, wie oben angegeben, die solidarische Haftung. Obgleich das spätere Recht auf die Verpflichtung der Mitbürgen nicht einflußlos gewesen, und denselben bedeutende Vergünstigung gewährte, so gilt dennoch zu Zeiten Justinians noch das Prinzip der Solidarität.

§ 4. Inst. (III. 20.)

si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur.

1. 3. Cod. (8. 41.)

Nam et cum hoc non adjiciatur, singuli tamen in solidum tenentur.

Daß es ungeachtet der Mehrheit der verpflichteten Bürgen, und der davon abhängigen verschiedenen subjectiven Beziehungen, dennoch nur eine Obligation ist, zu der sie jeder in solidum verpflichtet sind, geht aus einigen Gesetzesstellen über die Proceßconsumtion hervor h).

Bekanntlich galt bis auf die Zeiten Justinians der Grundsatz, daß durch Anstellung einer Klage und Herbeiführung der litis contestatio die Klage und mit ihr das zu Grunde liegende Recht zerstört wurden, eine neue Klage aus derselben Obligation daher rechtlich unmöglich war. Die Obligation wurde durch die Litiscontestatio in judicium deducirt, und in ein neues obligatorisches Rechtsverhältniß, welches an Stelle des ursprünglichen trat, verwandelt i).

g) Mühlenthal. Inst. § 225.

h) Wenngleich der zweite Satz, nämlich die objective Einheit der Verpflichtungen der Mitbürgen, für die hier angeregte Frage über den Umfang der Verbindlichkeit des Einzelnen unter ihnen nicht von unmittelbarem Einfluß ist, da eine Solidarverbindlichkeit auch bei einer objectiven Mehrheit von Obligationen, bei den sog. solidarischen Obligationen im engeren Sinne, stattfindet, wenngleich ferner nach neuerem Rechte die Unterscheidung der Correalobligation von der bloß solidarischen nicht mehr den Grad practischer Wichtigkeit wie nach älterem, dem Institute der Proceßconsumtion huldigende Rechte hat, so streift dieser letztere Satz doch einerseits zu nahe an den ersteren, um ganz übergangen zu werden, so hat doch auch heutigen Tages die Correalobligation ihre eigenthümlichen, der einfachen Solidarobligation abgehenden Wirkungen, die bei der Umgestaltung und Auflösung der Obligationen hervortreten.

i) Ribbentrop. S. 11.
Savigny. S. 180.

Bei der Correalobligation hatte die Anwendung dieses Grundsatzes die Folge, daß die Litiscontestatio mit Einem der correi debendi die Uebrigen liberirte, denn es war eben nur eine Obligation, die gegen verschiedene Schuldner begründet war, und durch die Belangung des Einen der Correi wurde die eine Obligation in judicium deducirt und zerstört k). Bei mehreren Fidejussoren finden wir nun nach älterem römischem Rechte ebenfalls die Befreiung der Mitbürgen durch Belangung des Einzelnen. Es ist dieses in der l. 28. Cod. de fid. (VIII. 41) l) aufs Bestimmteste ausgesprochen, in welcher Justinian anordnet, daß es nunmehr bei den Bürgen ebenso gehalten werden solle, wie bei den Mandatoren, hinsichtlich derer schon früher die Regel gegolten habe, daß durch die Contestatio mit dem Einem, der Andere nicht befreit werden solle. Der Kaiser sagt, man habe auch bis dahin gewöhnlich in den Bürgschaftsverreibungen sich durch besondere Vereinbarung (ex pacto) gegen die Befreiung der Bürgen durch Litiscontestatio mit dem Hauptschuldner und gegen die Befreiung des Hauptschuldners und des Mitbürgen durch Litiscontestatio mit dem Bürgen zu schützen gewußt. Was aber bis dahin nur Folge der ausdrücklichen Verabredung gewesen, das erhebe er nun zur Gesetzesvorschrift, (lege generali sancimus) und verordne, daß die Belangung des Einen der zu derselben Obligation Verpflichteten nicht mehr die Liberation der Uebrigen nach sich ziehe, es sei denn, daß dem Gläubiger Genüge geschehe, durch Zahlung oder auf andere Weise. — Aus diesem Gesetze ergibt sich demnach ein schlagendes Argument für die Einheit

k) Ribbentrop. S. 259.

Savigny. S. 11.

l. 2. Dig. de duob. reis (XLV. 2.).

ideoque petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio.

l. 116. D. de Verb. obl. (45. 1.)

l. 51. § 4. Dig. de evict. (XXI. 2.)

l. 28. Cod. de fid. (VIII. 41.)

m) Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta, alter non liberatur, ita et in fidejussoribus observari. Invenimus etenim in fidejussorum cautionibus plerumque ex pacto hujusmodi causae esse prospectum; et ideo generali lege sancimus, nullo modo electione unius ex fidejussoribus, vel ipsius rei alterum liberari, vel ipsum reum fidejussoribus, vel uno ex his electo, liberationem mereri, nisi satisfiat creditori: sed manere jus integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur, vel alio modo ei satisfiat. — Idemque in duobus reis promittendi constituimus. —

der Obligation sowol des Hauptschuldners und des Bürgen als auch der der mehreren Mitbürgen. Denn bis auf Justinian wurde jeder Einzelne durch die Belangung des Andern befreit; diese Befreiung war eben nur die Wirkung der Belangung und Litiscontestation. Die Litiscontestation äußerte ihre zerstörende und novirende Kraft natürlicher Weise nur auf die eingeklagte Forderung, nicht aber auf andere Obligationen. Bestände nun das Recht des Gläubigers gegen den Hauptschuldner und die Bürgen in einer Mehrheit von Obligationen, hätte er gegen Jeden ein besonderes Forderungsrecht, so wäre eine Liberation der übrigen Schuldner, als Folge der Belangung des Einen, undenkbar, weil ja nur eine einzelne Obligatio in iudicium deducirt, die davon verschiedenen Obligationen der Uebrigen aber durch die processualischen Geschehnisse jener ersteren nicht betroffen worden wären ¹⁾. — Ist es nun nach der citirten Constit. 28 unzweifelhaft, daß bis zu der Zeit ihrer Entstehung die oben angedeuteten Folgen der Proceßconsumtion sich auf alle für dasselbe Schuldverhältniß verstrickten Subjecte, auf Hauptschuldner, Bürgen und Mitbürgen erstreckte, daß Liberation Aller die unvermeidliche Wirkung der Ausklagung des Einzelnen war, so findet solcher Ausspruch nur in der strengen objectiven Einheit der Obligatio der mehreren Mitbürgen, so wie der des Hauptschuldners und Bürgen seine Erklärung, weist mit andern Worten darauf hin, daß die Mitbürgen Correalschuldner seien ^{m)}.

Da nun Justinian in der Const. 28 die Proceßconsumtion bei dem Institute der Bürgschaft speciell aufgehoben, und die Proceßconsumtion in dem Justinianischen Rechte überhaupt verschwunden ist, so könnte hieraus und in Be-

¹⁾ Bangerow. Bd. III. S. 100.

^{m)} Goeschen. Bd. II. S. 517. 4., nennt die mehreren Bürgen für eine und dieselbe Schuld Correi.

Bangerow. Bd. III. S. 74 u. 75, erkennt als Criterium für die Begriffsbestimmung der Correalobligation, im Gegensatz zu den Fällen der bloß solidarischen Haftung mehrerer Schuldner, ausdrücklich die processualische Consumtion an. Zu vergleichen Bangerow. S. 93.

l. 2. Dig. de duob. reis. (45. 2.)

Cum duo eandem pecuniam aut promiserint, aut stipulati sunt: ipso jure et singuli in solidum debentur et singuli debent: ideoque petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio. Uebereinstimmend ist l. 116. Dig. de Verborum Oblig. (45. 1.)

cf. Savigny. Obligationen-Recht. Bd. I. S. 180 ff.

tracht dessen, daß ja grade an der befreienden Wirkung der Litiscontestation mit irgend Einem der Mehreren Schuldner die Correalität der Haupt- und Bürgschaftsverbindlichkeit erkannt wurde, vielleicht eine Aufhebung des Correalverhältnisses bei der Bürgschaft durch Justinian, und eine Verwandlung der einen ungetheilten Obligation der mehreren Schuldner in eine Mehrheit solidarischer Obligationen, bei denen die Litiscontestation für die Nichtbelangten die besprochene liberatorische Wirkung nicht hatte, gefolgert werden. — Eine solche Verwandlung des Wesens der Bürgschaftsverbindlichkeit liegt indeß wol nicht in jener Constitutio; sie entzieht vielmehr dem bei der Bürgschaft obwaltenden Correalverhältnisse nur eine bestimmte Wirkung, ohne die Natur dieses Verhältnisses selbst zu ändern, ohne die übrigen Wirkungen desselben zu zerstören. Der Grund der früheren Liberation Aller durch Belangung des Einzelnen lag nicht in der Einheit der Obligation gegen alle Schuldner, sondern in dem alt-römischen Prinzip der Proceßconsumtion; nur die Anwendung dieses Prinzips auf die Correalverbindlichkeit der Bürgen hatte jene bis auf Justinian dauernde Befreiung zur Folge. Das Wegfallen dieser Wirkung beweist demnach nur das Verschwinden der Proceßconsumtion, nicht das Aufhören der correalen Natur oder der objectiven Einheit der bei der Bürgschaft zusammenstoßenden mehrfachen subjectiven Verbindlichkeiten. Das beste Argument für diese Ansicht giebt auch der Schlusshalt der Constitution selbst, wo es heißt: „idemque in duobus reis promittendi constituimus;“ also auch bei einem principalen Correalverhältniß — im Gegensatz zu dem accessorischen der Bürgen, — soll die bisherige Wirkung der Litiscontestation in gleicher Weise wie bei der Bürgschaft wegfallen. Wollte man nun behaupten, daß Justinian die Correalität der bürgschaftlichen Verpflichtungen in jener Constitution aufgehoben, und ein bloß solidarisches, eine Mehrheit von Obligationen involvirendes Schuldverhältniß bei der Bürgschaft eingeführt habe, so müßte man den völligen Untergang jeder Correalobligation, auch der principalen, mithin die Aufhebung dieses ganzen Institutes annehmen, wogegen sich die Interpretationsregel auflehnt, daß correctorische Gesetze stricte d. h. bei möglichster Aufrechthaltung des früher bestanden Rechts, zu interpretiren sind ⁿ⁾. Im römischen Rechte waren demnach

ⁿ⁾ Savigny. Oblig. Bd. I. S. 278. sagt, daß die Mitbürgen unter einander nicht in dem Verhältnisse von Correalschuldner stehen, weil sie überhaupt gar kein eigentliches

die mehreren Fidejussoren in solidum verhaftet, jeder derselben konnte von dem Gläubiger auf das Ganze belangt werden und zwar war Solches die gesetzliche Wirkung der Bürgschaft, es brauchte in dem Bürgschaftsvertrage nicht besonders ausgesprochen sein o); hierin liegt eine Abweichung von der oben angegebenen Regel, daß die mehreren Schuldner einer Schuld ohne eine gegenseitliche Verabredung nur pro rata haften, und dürfte der Grund dieser gesetzlichen Ausnahme in der accessorischen Natur der Bürgschaftsverpflichtung und der Einheit der Prinzipalobligation zu suchen sein.

Um nun die Mitbürgen gegen die Willkür des Gläubigers zu sichern, in dessen Gewalt es stand von dem Einen unter ihnen das Ganze zu verfolgen, die Uebrigen dagegen ganz zu verschonen, ein Verfahren, das die ausdrückliche Billi-

Rechtsverhältnis zu einander haben, da sie gegenseitig von ihrem Dasein vielleicht gar nichts wissen. Gaj. III. § 123. Der einzelne Bürge sei dagegen allerdings Correus seines Hauptschuldners.

Wenn nun jeder einzelne Bürge Correus des Hauptschuldners, d. h. solidarischer Debitor der obligatio principalis ist, so dürfte mit Nothwendigkeit auch jeder Bürge Correus des Mitbürgen sein, denn jeder von ihnen schuldet ja in solidum dieselbe Obligatio. Daß die Mitbürgen von einander nichts zu wissen brauchen, schadet dem Begriffe der Correalität nichts, da ein Gleiches auch beim principalem Correalverhältnis vorkommen kann; denn es ist bekanntlich nicht nöthig, daß die Correi debendi uno actu und gleichzeitig sich dem gemeinsamen Gläubiger obligiren. Es kann vielmehr ein Dritter auch später zu einem bereits begründeten Schuldverhältnis als principalis correus promittendi hinzutreten.

l. 3. pr. D. de duob. reis. (45. 2.)

„et parvi refert, simul spondeant, an separatim promittant,“ cf. Pangerow. S. 22. Ribbentrop. S. 113. ff. insbesondere Anmerk. 16. wo es heißt:

„Es ist vielleicht ein Zufall, wenn nicht erwähnt wird, daß man einer schon bestehenden Obligation, auch wo die Absicht ursprünglich gar nicht auf eine Correalobligation gerichtet gewesen, als wahrer Correus beitreten könne.“

Savigny scheint auch durch jenen Ausdruck nur andeuten zu wollen, daß die Mitbürgen als solche gegen einander keine Rechte und Verbindlichkeiten haben; dieses gehört aber gar nicht zum Begriffe der Correalität; er setzt ein gemeinschaftliches Rechtsverhältnis der mehreren Personen zu einem 3ten voraus, und solches Requisite trifft bei den Mitbürgen ein. —

Bürgen und Hauptschuldner stehen als solche auch nicht in einem Rechtsverhältnisse zu einander, wol aber Beide in einem correalen Verhältnisse, wie Savigny es selbst angiebt, zu dem Gläubiger. — Auch braucht der Schuldner von dem Bürgen nichts zu wissen l. 30. Dig. (46. 1.) fidejühare pro alio potest quisque, etiam si promissor ignorat.

o) l. 3. Cod. 8. 41.

gung des positiven Rechtes für sich hatte, aber nichts desto weniger gegen die aequitas verstieß, und um eine möglichst gleichmäßige Vertheilung der gleichartig übernommenen Verpflichtungen unter den mehreren Bürgen herbeizuführen, — hat bereits der Kaiser Hadrian durch ein von den römischen Juristen „Epistola divi Hadriani“ genanntes Gesetz das beneficium divisionis geschaffen.

Gajus sagt in dem oben allegirten § 121.

itaque liberum est creditori, a quo velit solidum petere: sed ex epistola divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt, partes petere,

und vergleicht unmittelbar darauf dieses Beneficium der Fidejussoren mit der lex Furia, nach welcher die Sponsoren und Fidepromissores nur pro parte virili haften, —

eo igitur distat haec epistola a lege Furia, quod si quis ex sponsoribus aut fidepromissoribus solvendo non sit litis contestatae tempore, ceterorum quoque partes non oneret.

Es unterscheidet sich demnach die epistola von der lex Furia dadurch, daß bei den Sponsoren die zur Zeit der Litiscontestatio insolventen Mitbürgen gleichfalls in die Theilung hineingezogen werden sollten, mithin der durch die Insolvenz der Letzteren ausfallende Theil nicht den Mitbürgen zur Last falle; während bei den Fidejussoren die Obligatio nur zwischen den zur Zeit der Litiscontestatio Solventen getheilt werden solle.

Bei Zusammenhaltung des beneficii divisionis mit der Solidarverbindlichkeit der Fidejussoren, werfen sich vor Allem zwei Fragen auf.

1) Besteht nach Hadrian's Zeiten noch ipso jure eine Obligatio in solidum fort, und kann der Belangte nur unter gewissen Voraussetzungen auf dem Wege der exceptio sich gegen die Leistung des Ganzen schützen, oder hat nicht vielmehr seit jenem Gesetze die solidarische Verbindlichkeit der Mitbürgen ipso jure aufgehört.

2) Ferner wenn das Erstere der Fall ist, wird durch Vorschüßung der Einrede der Theilung und deren Begründung die solidarische Verbindlichkeit des excipirenden Bürgen für immer aufgehoben und ist gegen denselben auch dann kein Rückgriff mehr möglich, wenn die zur Zeit der Litiscontestatio mit ihm insolventen Mitbürgen hinterher zahlungsunfähig geworden sind, oder gilt in solchem Falle eine subsidiäre Haftungsverbindlichkeit.

Zur ersten Frage.

Die Obligatio der Fidejussoren ist auch nach der Zeit der Epistola noch ipso jure eine solidarische. Gajus sagt solches unzweideutig in dem cit. § 121.

„et quoque erunt numero, singuli in solidum obligantur“
und es könne denn auch der Gläubiger die Einzelnen nach eigener Wahl (a quo velit) auf das Ganze belangen (solidum petere).

Die Actio des Gläubigers geht daher ipso jure auf das Solidum. Er kann aber genöthigt werden (compellitur) nach der Epistola von den einzelnen Zahlungsfähigen die resp. Theile einzuklagen (a singulis partes petere). Daß dieses nur auf dem Wege der Exceptio geschehen könne, während die Obligatio ipso jure sich ungetheilt auf das Ganze erstrecke, zeigt die Parallele, die Gajus zwischen dem Rechtsverhältnisse der Sponsoren und denen der Fidejussoren zieht; bei ersteren heißt es, daß die Obligatio selbst nach der Zahl der Bürgen getheilt werde, (in tot partes deducitur obligatio) und daß die Einzelnen pro parte haften (et singuli viriles partes sc. debent), so daß eine Klage gegen den Einzelnen auf das Ganze ipso jure unbegründet wäre; bei letzteren heißt es dagegen „in solidum obligantur,“ und „liberum est, solidum petere,“ also eine Anerkennung dessen, daß die Verbindlichkeit des Fidejussor ipso jure auf das Ganze gehen, und das Ganze vom Einzelnen eingeklagt werden dürfe; daß dagegen der Gläubiger angehalten werden könne (compellitur) von den solventen Mitbürgen, die resp. Theile einzuklagen, was doch offenbar die Voraussetzung in sich faßt, er habe zunächst, wie ihm zuständig, den Einen auf das Ganze belangt, der Beklagte habe aber die Einrede erhoben, daß die übrigen Mitbürgen, oder einzelne derselben solvent seien, und den Richter um Theilung der Obligatio zwischen sich und den übrigen Fidejussoren gebeten.

Die Ansicht, daß die Theilung nicht ipso jure eintrete, sondern erst auf dem Wege der Exceptio gegen das strenge Recht geltend gemacht werden konnte, ist denn auch in vielen Gesetzesstellen deutlich ausgesprochen,

cf. l. 26. D. de fidej. (46. 1.)

Inter fidejussores non ipso jure dividitur obligatio ex epistola
D. Hadriani, und hiemit in Verbindung

l. 28. ibid.

Si contendat fidejussor caeteros solvendo esse, etiam exceptionem
dandam.

ferner die oben allegirten Citate

§ 4. J. (III. 20.)

l. 3. Cod. (VIII. 41.)

es herrscht hierüber unter den Rechtslehrern nur eine Stimme p). Die practischen Folgen der Unterscheidung zwischen der Theilung der Obligatio ipso jure, und per modum exceptionis springen in die Augen. Im ersten Falle wäre eine Klage des Gläubigers gegen den Einzelnen auf das Solidum von dem Richter aus dem Grunde der Pluspetition abzuweisen, sobald Kläger in seinem Libelle der Existenz mehrerer Bürgen erwähnt, ohne zur Begründung der Klage den Umstand anzuführen, daß die factischen Voraussetzungen, unter denen nach der Epistola eine solidarische Haftung ausnahmsweise eintrete, nämlich Insolvenz der übrigen Bürgen, in concreto stattfänden. Ein gleiches würde stattfinden, wenn Kläger die Existenz der Mitbürgen im Libelle verschwiegen, der Gegner aber die exceptio plurium fidejussorum der Klage entgegengestellt, und Kläger diese Einrede durch die Replik der Insolvenz der Uebrigen nicht zu entkräften vermocht. Denn es gehörte nunmehr zum Fundamente der actio in solidum nicht bloß die Begründung der Obligatio fidejussoria in der Person des Belangten, sondern gleichzeitig die Thatsache der Insolvenz der Mitbürgen. Zu ganz anderen Resultaten gelangt man indeß, wenn man, — wie man auf Grundlage des gemeinen Rechtes muß — von der Solidarverbindlichkeit des Einzelnen ausgeht. Nun gehört zu dem Klagesfundamente nur die Thatsache der rechtsgültigen Bürgung (hiezuhört natürlich auch die Begründung der Prinzipal-Obligatio) in der Person des Belangten. Sollte jetzt Kläger in seinem Libelle noch mehrerer anderer Bürgen erwähnt und Beklagter hierauf einfach negative litem contestirt haben, oder sollte erst Beklagter die exceptio plurium fidejussorum vorgeschützt haben, ohne indeß das thatsächliche Vorhandensein der übrigen das ben. div. bedingenden Umstände, also namentlich Solvenz derselben tempore litiscontestationis, vorzubringen, und die Anwendung des beneficii auf den konkreten Rechtsfall zu bitten, so wird dennoch, unter

p) cf. Hofacker. § 2037. „opponendum erit ope exceptionis.“
Goeschcn. Vorlesungen § 564.
Thibaut. § 952.
Radcliffen. § 423 und 424.

Voraussetzung der gehörigen Beweisführungen, eine *condemnatio in solidum* erfolgen müssen. — Eine Abweisung resp. *condemnatio in partem*, wird dagegen nur dann erfolgen können, wenn von dem Beklagten zu der proceßgehörigen Zeit die factische Grundlage des ben. div. vorgebracht, zu einer Einrede zusammengestellt und bewiesen worden ist.

Da die Solidarpflicht der Mitbürgen erst ope exceptionis in eine Theilverpflichtung verwandelt wird, so kann es wol keinem Zweifel unterliegen, daß die bloße Belangung des Bürgen auf die Rate, eben so wenig wie die freiwillige Empfangnahme der Rate den Belangten, resp. Zahlenden, von dem Reste befreie. Die Belangung nach älterem Rechte nicht, weil nur ein Theil der *Obligatio in iudicium* deducirt und dadurch consumirt wurde, nach neuerem Rechte nicht, weil der Proceß überhaupt seine zerstörende Kraft verloren hat; die Zahlung der Rate befreit nicht von dem Reste, weil nur die vollständige Erfüllung einer *Obligatio* dieselbe zerstört; in jenen Handlungen aber einen Verzicht abseiten des Gläubigers anzunehmen, verbietet die nicht concludente Natur dieser *Facta*, wie die Rechtsregel, daß Verzicht nie zu präsumiren sind.

Für die Vorschüßung der Exc. div. war im römischen Rechte kein bestimmter proceßualischer Zeitpunkt gegeben; das *auxilium D. Hadriani* konnte bis zur Urtheilsfällung geltend gemacht werden.

cf. l. 11. § 1. Cod. (VIII. 41.)

ut dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine postulari solet 9).

Heutzutage muß die Exc. div. indessen dem allgemeinen Gebote d. J. R. A. v. J. 1654. § 37. über die gleichzeitige Verbindung aller Einreden mit der

9) Hiemit ist nicht der Zeitpunkt der Solvenz der Mitbürgen zu verwechseln; es konnte nämlich der Belangte nur eine Theilung der Klage mit denjenigen Mitbürgen verlangen, welche zu der Zeit der Lit. cont. solvent waren. cf. § 4. Inst. (III. 20.) und die übrigen oben angeführten Citate. Der Zeitpunkt des Vortrages der Exceptio und derjenige, welcher bei ihrer materiellen Beurtheilung maßgebend war, waren in dem römischen Rechte verschieden. Es konnte demnach nach der Litiscontestatio, also in einem fernern Stadium des Processus, noch ein Bürge zur Theilung gezogen werden, der im Augenblicke des Gebrauches des Auxilii nicht mehr solvent war, der aber nachweislich zur Zeit der Lit. cont. die Mittel zur Befreiung des Gläubigers besaß, so wie umgekehrt der Beklagte nicht Theilung mit denjenigen Mitbürgen fordern durfte, der zur Zeit der Lit. cont. insolvent war, wenngleich zur Zeit der Vorschüßung der Exceptio die Vermögensumstände des Letzteren sich gebessert hatten.

Litiscontestatio sich unterwerfen, und ist dieselbe demnach präcludirt, wenn sie nicht in dem zur Litiscontestatio anberaumten Termine opponirt worden, sondern Beklagter entweder einfach litem contestirt hat, oder ungehorsamer Weise in dem peremptorischen Termine ausgeblieben ist.

Die Frage über die Beweislast der Solvenz der Mitbürgen ist mit der Auffassung des ben. div. als einer wahren Exceptio von selbst entschieden. Denn da nicht schon das Vorhandensein mehrerer Bürgen ipso jure die solidarische Verpflichtung ausschließt, sondern erst ausdrückliche Beanspruchung der Wohlthat der Theilung den Beklagten von der Leistung des Ganzen befreit, so muß auch dieser Letztere, nach dem Grundsatz „reus excipiendi fit actor“ 1), im Bestreitungsfalle die Wahrheit derjenigen *Facta*, welche die Anwendbarkeit der *Epistola Hadriani* bedingen, also namentlich die Solvenz der Uebrigen, beweisen.

Zur zweiten Frage.

Ob die vorgeschüßte und richterlich anerkannte Theilungseinrede den belangten Mitbürgen für immer hinsichtlich des seine Quote übersteigenden Restes liberire, mithin durch die Theilung eine Verwandlung der *Obligatio in solidum* in eine pro parte vor sich gehe, oder ob das *auxilium divisionis*, ähnlich dem ben. excussionis, dem Bürgen nur einen vorübergehenden, provisorischen Schutz gewähre, dergestalt, daß der auf das *Solidum* Beklagte nach geführtem Beweise der Solvenz der Mitbürgen, zwar in diesem Proceß nur pro rata condemnirt werden, dessenungeachtet aber hinterher, falls der Gläubiger von den Mitbürgen die entsprechenden Antheile nicht erhalten, wiederum belangt, und in die Zahlung des Ausfalles verurtheilt werden dürfe, — darüber herrschen abweichende Ansichten. Die ältere Doctrin, von der Glosse an, huldigte der definitiven Befreiung der Mitbürgen durch die Theilung 2), während in neuerer Zeit sich manche Stimmen für eine bloß temporäre Befreiung des Mitbürgen ausgesprochen haben. Mackelden 3) sagt

1) l. 1. Dig. (44. 1.)

l. 19. Dig. (22. 3.)

2) Donell. com. j. c. lib. 15. cap. 5. § 4.

Sofader. pr. j. c. § 2037. II. B.

3) In seinem Lehrbuch. 9 Auflage § 330. § 438. Lit. a Nro. 3.

Vorlesungs- und Rechtslehre.

„Nach dem *beneficium divisionis* kann der auf das Ganze in Anspruch genommene Mitbürge verlangen, daß er vorerst nur auf seinen Antheil belangt werde.“ Mühlenthaler^{u)} spricht sich mit Geringschätzung über die erstere Ansicht aus „*Ceterum cujusdem scriptoris opinio perimi beneficio illo correalis obligationis vim, narrantis, insulsissima est, ut vix digna sit, quae commemoretur, nedum quae refellatur.*“ Warkönig *Commentar. T. sec., P. prior. § 543 a. E. pag. 168* ist eben der Ansicht.

Die definitiv befreiende Kraft der Theilung, ist dagegen auch in neuerer Zeit von Schwegler^{v)} in den Worten „welches *beneficium*, wenn die Verwandlung geschehen ist, die *obligatio in solidum* für immer aufhebt“, von Bucher^{w)} in den Worten „Sollte nach geschehener Theilung Einer von den mehreren Bürgen insolvent werden, so brauchen nun die Uebrigen nicht mehr dafür einzustehen“ — behauptet worden; diese Ansicht ist von Wenig-Ingenheim in der „Zeitschrift für Civilrecht und Proceß“ Band IV. S. 382 nach gründlicher Untersuchung als die quellenmäßige dargethan worden. Der Letztere gewinnt als Schlüsseresultat seiner die Correalobligation überhaupt und speciell die Obligation der mehreren Bürgen betreffenden Erörterung Nachstehendes:

„Durch die Theilung wird die solidarische Verbindlichkeit in eine *obligatio pro rata* verwandelt, jene also aufgehoben und damit bewirkt, daß die Befreiung in Ansehung des Restes nicht bloß eine temporäre und provisorische, sondern eine bleibende ist, folglich der Creditor den Antheil davon hat, wenn nach der Theilung ein Debitor insolvent geworden.“

Mag nun immerhin die entgegengesetzte Ansicht die Natur der Sache für sich haben, da jeder Bürge gesetzlich in *solidum* haftet, und dieser seiner solidarischen Verpflichtung nicht eher entzogen wird, als bis er selbst oder einer seiner Correi durch Zahlung oder irgend einen andern Vorgang die *Obligatio in iure* im ganzen Umfange zerstört hat, was an und für sich durch Zahlung eines Theiles nicht bewirkt werden kann, so nöthigen dennoch bestimmte Aussprüche der Quellen die Annahme des Sages, daß die in Gemäßheit der *epistola D. Ha-*

^{u)} *Doctrina Pand. § 595. a. E.*

^{v)} *Das Röm. Pr. § 511.*

^{w)} *Recht der Forderungen. 7. Ausgabe. S. 407.*

driani geschehene Theilung und resp. Zahlung die definitive Befreiung des belangten Bürgen bewirke.

Es ist oben bereits erwähnt, daß jeder Fidejussor *ipso jure in solidum* hafte, der Beklagte indeß kraft der *epistola divi Hadriani* Theilung der Klage mit den solventen Mitbürgen verlangen könne. Durch das die Abweisung der Solidarklage bedingende Requisit der Zahlungsfähigkeit des Mitbürgen, unterschied sich die Lage des belangten Fidejussor von der des Sponsor und Fidepromissor.

Daher sagt denn Gajus in dem oben (Seite 13) allegirten § 121 „*eo igitur distat*“ u. s. w. daß, obgleich in Folge des *ben. div.* die Lage der verschiedenen Arten der Bürgen in so weit genähert seien, als auch die Fidejussoren die Theilung der Klage verlangen dürften, dennoch die *lex Furia* von der *epistola D. Hadriani* darin abweiche, daß die Insolvenz des Sponsor die Lage des Mitbürgen nicht erschwere.

Wie es scheint mit vollem Rechte, findet v. Wenig-Ingenheim in der von Gajus angestellten Vergleichung der *lex Furia* mit der *epistola D. Hadriani*, und in den Worten desselben „*eo igitur distat*“ den Ausspruch, daß die *epistola* eine Gleichstellung der Fidejussoren mit den Fidepromissoren und Sponsoren, mit Ausnahme der speciell gegebenen Abweichungen, bezwecke. Da nun Gajus nur die Solvenz der Fidejussoren zur Zeit der *litis contestation* als Bedingung der Theilbarkeit hervorhebe, und nur in dem Erfordernisse dieser Bedingung den Unterschied von dem Rechtsverhältnisse der Sponsoren erblicke, von abweichenden Wirkungen der bereits begründeten und geschehenen Theilung dagegen nicht rede, so folge, daß die bei den Fidejussoren *ope exceptionis* und unter gewissen Voraussetzungen geschehene Theilung dieselben Wirkungen erzeuge, wie die bei den Sponsoren *ipso jure* und ohne weitere Rücksicht eintretende, mit andern Worten, daß der Unterschied der *Obligatio* mehrerer Fidejussoren und der mehrerer Sponsoren nicht in den Wirkungen der geschehenen Theilung, sondern in den Bedingungen der Theilbarkeit liege. Gelte nun ferner nach der *lex Furia ipso jure* nur eine *Obligatio pro parte*, befreie folglich die Zahlung der Räte den Einzelnen für immer, so müsse auch der einzelne an und für sich in *solidum* verbundene Fidejussor durch Zahlung der nach der durchgeführten *exceptio divisionis* auf ihn fallenden Quote seiner solidarischen Verbindlichkeit nicht bloß temporär, sondern definitiv entzogen sein, und könne eine später eintretende

Insolvenz der Uebrigen seine durch die einmal geschehene Theilung begründete Befreiung von dem Reste nicht aufheben.

Nach in der Bestimmung des für die Insolvenz der Bürgen und für die davon abhängige Theilung entscheidenden Zeitpunktes, der Litiscontestation, dürfte ein Hauptgrund für die definitive Befreiung der Bürgen durch die einmal geschehene Theilung zu finden sein.

Gajus sagt in der allegirten Stelle, daß die Insolvenz des einen Fidejussor zur Zeit der Litiscontestation die Anthteile der Uebrigen vergrößere (*ceterorum quoque partes oneret*). Per argumentum a contrario folgt nun, daß die nach der Litisc. eintretende Insolvenz die Anthteile der Uebrigen nicht vergrößere; dieses wird auch direct in mehreren später zu erwähnenden Gesetzen ausgesprochen. Allerdings könnte nun darüber ein Zweifel entstehen, ob die später eingetretene Insolvenz nur auf die Einrede der Theilung einflußlos sei, und nur in dem, die Theilung betreffenden, ersten Proceß nicht in Betracht komme, oder aber ob sie überhaupt das Rechtsverhältniß der übrigen Bürgen nicht weiter berühre, so daß aus ihr auch in einem ferneren Proceß gegen die solventen Bürgen keine weiteren Rechte abgeleitet werden dürfen. — Nähme man das Erstere an, so müßte man die zwischen der Litisc. und Urtheilsfällung eingetretenen Zahlungsunfähigkeit, von der nach jenem über die Theilung erkennenden Urtheile entstandene unterscheiden, und könnte die Ansprüche der Gesetze über Nichtbelastung der übrigen Bürgen nur auf die erstere beziehen. — Da nun aber die Quellen ganz allgemein nur den Zeitpunkt der Litisc. als den maßgebenden bezeichnen, ohne fernere Zeitmomente zu unterscheiden, so folgt, daß auch die nach dem die Theilung anerkennenden Urtheile eingetretene Insolvenz dieselben Wirkungen habe wie die vor dem Urtheile stattfindende, daß also auch die erstere die Anthteile der Mitbürgen nicht weiter beschwere, daß mithin aus derselben in einem neuen Rechtsstreite nicht neue Ansprüche gegen die übrigen Bürgen erhoben werden dürfen, die Letzteren vielmehr auf die im ersten Proceß festgestellte Zahlungsfähigkeit, auf die hierauf erkannte Theilung sich berufen, und mittelst der *exceptio rei judicatae* Befreiung von der neuen Klage erlangen können.

Es führt endlich noch ein Argument zu der definitiven Befreiung der Bürgen durch die Theilung. Es ist dieses nämlich die Befugniß des Belangten, die *exceptio divisionis* bis zur Urtheilsfällung vorzuschützen. (cf. oben

Seite 16). Obgleich im römischen Rechte die Einrede der Theilung noch bis zur Urtheilsfällung, also nach geschehener Litiscontestation vorgebracht werden durfte, so kommen doch nur diejenigen Bürgen in Anschlag, die in dem Augenblicke der Litisc., nicht in dem vielleicht späteren Momente der Vorbringung der *Exceptio* und der Urtheilsfällung selbst, solvent waren. Es konnte sich also der Fall ereignen, daß kurz vor der Urtheilsfällung der in *solidum* belangte Bürge auf das *auxilium divisionis* Anspruch machte, und den Beweis lieferte, daß seine Correi, obgleich insolvent, dennoch zur Zeit der Litisc. zahlungsfähig waren. Er wird in solchem Falle unzweifelhaft von den Raten der Uebrigen in dem nun folgenden Urtheile befreit werden müssen und es wird der Richter auf Theilung erkennen, obgleich dem Letzteren bekannt ist, daß die in die Theilung hineingezogenen Bürgen jetzt d. h. zur Zeit der Urtheilsfällung insolvent, also zur Theilung nicht qualificirt sind. Hält man nun fest, daß die Solvenz die Bedingung der Theilung ist, daß unerachtet dessen bei erwiesener späterer Insolvenz dennoch Theilung zu gestatten ist, — die Gesetze sagen dieses ausdrücklich — so kann man in der Theilung unmöglich ein Provisorium erblicken; denn dieses muß dem Definitivum weichen, sobald die das Erstere bedingenden Thatsachen weggefallen, die Voraussetzungen des Letzteren eingetreten sind, und beweislich dem Richter vorliegen. Hätte daher die Theilung einen bloß provisorischen Charakter, so dürfte sie in dem Zeitpunkt nicht mehr vom Richter erkannt werden, wo die Voraussetzung derselben, die Solvenz, geschwunden ist, und der sofortigen Herbeiführung des definitiven Rechtszustandes nichts mehr im Wege steht.

Wollte man bei dem eben besprochenen Falle der Insolvenzwurdeung des einen Bürgen vor der Fällung des Urtheils, und der dennoch geschehenen Anerkennung der Theilungseinrede eine bloß temporaire Befreiung des Excepienten annehmen, dagegen eine subsidäre Haftungspflicht für den resp. Anthteil des Andern bestehen lassen, so käme man zu vielfachen Inconsequenzen und es hätte der Kaiser Hadrian durch Einführung des *auxilii divisionis* den Bürgen keine Wohlthat, dem Gläubiger nur eine Plage erschaffen, für Parten und Richter ein unnützes Formenspiel erfunden. Der beklagte Bürge hätte durch den die Theilung anerkennenden Richterspruch nichts gewonnen, weil er nun gleich nach dem befreienden Urtheile bei ganz unveränderter Sachlage, — denn die Insolvenz der Mitbürgen lag zur Zeit des Urtheiles dem Richter bereits vor —

auf Anhalten des Klägers in die ihm eben erst abgenommene Räte des Mitbürgen wiederum verurtheilt werden würde, und das beneficium ihm somit nur die Last eines zweifachen Processes aufgebürdet hätte. Mit dem Gläubiger würde aber das auxilium div. sein Spiel treiben, weil er, um eine condemnatio in solidum zu erzielen, einen zweifachen Proceß gegen einen und denselben Schuldner, wiederum bei unveränderter Sachlage, durchzuführen hätte. Der Richter würde endlich zu der Inconsequenz gezwungen werden, nicht nur über eine und dieselbe quaestio zwischen denselben Personen zwei Mal Recht ergehen zu lassen, sondern sogar bei gleicher Actenlage zwei einander völlig widersprechende Erkenntnisse, ein absolutorisches und ein condemnatorisches, zu fällen.

Uebrigens dürfte es sich von selbst verstehen, daß die durchgeführte Theilungseinrede nur den Bürgen der solidarischen Verpflichtung enthebe, gegen den der Proceß angestellt wurde, und der das ben. div. unter richterlicher Anerkennung für sich in Anwendung gebracht hat. Auf die ipso jure bestehende solidarische Verbindlichkeit der übrigen Bürgen, kann weder die Litiscontestation des Creditors mit dem einen Correo, noch die richterliche Befreiung des Belangten von dem Solidum einen aufhebenden Einfluß üben; denn, wie erwähnt, hat die Litiscontestation ihre consumirende Kraft im spätern römischen Rechte verloren; dasselbe gilt von der Res judicata. Das Urtheil ferner, welches den belangten Bürgen von der Leistung des Ganzen absolvirt, und ihm Zahlung der Quote auflegt, kann den Mitbürgen nichts helfen, weil dasselbe nur die subjective Beziehung des Belangten zu der Obligatio, nicht die der Uebrigen zu seinem Gegenstande hat. Der Richter erkennt zwar, daß der belangte Bürge, an und für sich in solidum verhaftet, in Folge besonderer für ihn wirkender Umstände nur Theilzahlung leisten solle, hat aber keine Veranlassung und kein Recht die Verpflichtungen der nichtbelangten Mitbürgen zu bestimmen, weil deren Verbindlichkeiten seiner Cognition nicht unterstellt worden sind. Die in dem Urtheile ausgesprochene Theilung der Schuld des reus kann als res inter alios judicata den Nichtbelangten keine Rechte erzeugen ⁷⁾. Da die Theilung der Obligatio des Belangten erst in der Exceptio desselben ihre Entstehung, in dem Urtheile

⁷⁾ 1. 2. Cod. (VII. 56.)

Res inter alios judicatae neque emolumentum asferre his, qui iudicio non interfuerunt neque praejudicium solent irrogare....

ihre Anerkennung erhält, beide Ereignisse aber die Solidarverpflichtungen der an dem Proceße nicht theilnehmenden Mitbürgen nicht berühren, so folgt von selbst die Wirkungslosigkeit der nur für die Person des Beklagten begründeten Theilung auf die Obligatio der Uebrigen. Der Richter verurtheilt den Bürgen in die pars quota, nicht weil die obligatio objectiv betrachtet, getheilt ist, sondern weil die subjective Verbindlichkeit des Belangten in Folge der Exceptio eine Theilverpflichtung geworden. — Es wären z. B. A., B. und C. Bürgen für die Summe von 900. A. würde zunächst in solidum belangt; er schützte mit Erfolg die Einrede der Theilung vor, weil B. und C. tempore litis contestationis solvent sind, und der Richter condemnirte ihn auf 300; hinsichtlich der 600 wird er auf immer befreit sein, wenn auch der Gläubiger von B. und C. hinterher nicht volle Befriedigung erhalten sollte; denn A. hat durch die Exceptio divisionis und das Urtheil ein jus quaesitum auf Befreiung von jenen 600 erworben. Nichts destoweniger haften B. und C. nach Beendigung jenes Processes mit dem A. noch immer in solidum, also ein Jeder für die vollen 900. Würde also A. insolvent, so können B. und C. sich nicht auf die in dem Proceße mit A. anerkannte Theilung und die Verurtheilung des A. in die 300 berufen; denn die bloße Verurtheilung des Einen befreit seit der C. 28 (S. 41) die Uebrigen nicht mehr; vielmehr wird die zur Zeit der Litiscontestation mit ihnen stattfindende Insolvenz des A. ihnen die Einrede der Theilung mit dem A. unmöglich machen, und ihre Verurtheilung in solidum d. h. auf die vollen 900 herbeiführen. — Hätte endlich A. die ihm abgeurtheilten 300 bezahlt, und dadurch die ganze Obligatio auch für B. und C. auf 600 reducirt, und es belangte nun der Gläubiger den B. auf die noch ungetilgten 600, so wird B. sich wiederum nicht auf die zur Zeit der Litiscontestation mit dem A. stattgehabte Solvenz des C. berufen, sondern eine Theilung der Obligatio mit dem Letzteren nur dann herbeiführen können, wenn dieser jetzt d. h. zur Zeit der Litiscontestation mit dem B. solvent ist, denn des B. Solidarverpflichtung ist durch den Proceß mit dem A. nicht in eine Theilverbindlichkeit verwandelt worden; B. und C. haben durch den Proceß ihres Gläubigers mit dem Mitbürgen A. keine Rechte erworben.

Die aus den Citaten des Gajus entwickelte Ansicht über die definitive Befreiung des Mitbürgen von dem Solidaranspruche durch Durchführung des beneficii divisionis wird durch zahlreiche Geseze der justinianäischen Rechts-

sammlung bestätigt, so daß deren Geltung noch für das heutige Recht außer Zweifel steht.

Man vergleiche folgende Stellen:

§ 4. J. de fidej. (III. 20.)

sed ex epistola D. Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt litiscontestatae tempore, partes petere.

Ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros oneret.

l. 26. de fidej. (46. 1.)

Inter fidejussores non ipso jure dividitur obligatio, sed ex epistola D. Hadriani: et ideo, si quis eorum ante exactam a se partem sine herede decesserit, vel ad inopiam pervenerit, pars ejus ceterorum onus respicit.

Besonders l. 51. § 4. Dig. (46. 1.)

Cum inter fidejussores actione divisa quidam post litem contestatam solvendo esse desierunt, ea res ad onus ejus, qui solvendo est, non pertinet.

l. 52. Dig. § 1. ibid.

Inter fidejussores actione divisa, condemnatur si desierit esse solvendo: fraus vel segnitia tutoribus, qui judicatum persequi poterunt, damnum dabit;

l. 16. Cod. (VIII. 41.)

Liberum fuit, antequam lis adversus omnes fidejussores contestaretur, unum eorum eligere creditori, si modo ceteros minus idoneos existimaret. At nunc, post litis contestationem petitionem divisam reintegrari, juris ratio non patitur.

Besonders schlagend sind l. 51. § 4. Dig. und l. 16. Cod., in denen der Rechtsgrundsatz, daß die nach der Litiscontestatio mit dem einen Bürgen eingetretene Insolvenz der Mitbürgen, dem Ersteren nicht zur Last falle, daß dessen Verbindlichkeit vielmehr durch das ben. div. und die im entscheidenden Augen-

blicke der Litiscontestatio stattfindende Solvenz auf eine bestimmte Quote fixirt worden, die durch spätere Umstände in den Personen der Mitbürgen nicht vergrößert werden kann, in klarer Weise dargelegt wird.

Diesem Ergebnisse widerspricht auch keinesweges die in l. 28. Cod. de fidej. (VIII. 41.) enthaltene Verordnung Kaiser Justinians, in welcher derselbe die zerstörende Kraft der Litiscontestatio bei Fidejussoren und überhaupt bei Correalschuldnern in den Worten aufhebt:

„et ideo generali lege sancimus, nullo modo electione unius ex fidejussoribus, vel ipsius rei alterum liberari, vel ipsum reum fidejussoribus, vel uno ex his electo, liberationem mereri, nisi satisfiat creditori, sed manere jus integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur, vel alio modo satis ei fiat.“ —

Zwar könnte es den Anschein haben, als stelle der Kaiser in den Worten „sed manere“ bis „ei fiat“ das Prinzip auf, daß in Zukunft nur wirkliche Befriedigung des Gläubigers die Obligation Aller zerstöre, daß mithin auch die in Gemäßheit der epistola geschehene Theilung denjenigen Bürgen, zu dessen Gunsten das beneficium divisionis Platz gegriffen, von dem Solidaranspruch nicht befreie. Die Einleitungsworte dieses Gesetzes weisen es aber nach, daß nicht das ben. div. und dessen Wirkungen Gegenstand der Constitution sind, sondern daß nur das ältere Recht über die Consumtion der ganzen Klage durch die Litiscontestatio mit dem Einen der Schuldner und über die durch diesen Proceß bewirkte Befreiung Aller aufgehoben werden solle. Die consumirende Kraft des Processes will nun der Kaiser vernichten; es soll die Belangung (electio) und Litiscontest., ja auch die Verurtheilung, mit einem Worte der Proceß, als solcher, die Nichtbelangten nicht mehr befreien, wenn nicht wirkliche Befriedigung des Gläubigers erfolgt ist. Von den materiellen Wirkungen der in dem Prozesse mit dem Einen der Bürgen durchgeführten und in der res judicata anerkannten exceptio divisionis auf die Verbindlichkeit des Beklagten ist in der Constitution gar keine Rede. Daß Justinian nicht die Wirkungen der exc. div. in dieser Constitution im Auge hat, beweist auch der Schluß derselben „Idemque in duobus reis promittendi constituimus,“ indem er den eben bezogenen Inhalt der Verordnung in gleicher Weise auf die duo rei promittendi, also die principalen Correalgläubiger

ger ausgedehnt wissen will, bei denen, wenigstens zur Zeit dieses Gesetzes, das *auxilium divisionis* nicht statt fand ²⁾).

Eben so wenig ist in der vielbestrittenen Nov. 99. eine Aufhebung der nach dem früheren Rechte geltenden Wirkungen der *Exc. div.* zu finden, da diese nicht über das reine Bürgschaftsverhältniß, sondern über den ganz eigenthümlichen Fall des Zusammentreffens der *principalen Correal Schuld* und der Bürgschaft in jedem Einzelnen der mehreren Schuldner handelt ³⁾).

Es ist Solvenz der Mitbürgen als Bedingung der Theilbarkeit der solidarischen Verpflichtung des einzelnen Bürgen bezeichnet worden. Zu bemerken ist jedoch, daß die Solvenz nicht unter allen Umständen die Theilung zur Folge hat, daß vielmehr der Richter gehalten ist, in gewissen Fällen, unerachtet erwiesener Solvenz der Uebrigen, dem *Exipienten* dennoch das *ben. div.* zu versagen.

In l. 26. Dig. (46. 1.) heißt es, daß die Theilung versagt werde, wenn der Mitbürge, ohne Erben zu hinterlassen, verstorben ist. Hierin liegt indeß keine eigentliche Ausnahme, denn der erblose Tod des Bürgen ist in seinen Folgen, dem Gläubiger gegenüber, der Zahlungsunfähigkeit völlig gleich. Wirkliche Ausnahmen treten indeß ein:

- 1) Wenn der Belangte speciell auf das *beneficium* Verzicht geleistet hat ^{b)}. Die bloße Erklärung, in *solidum* haften zu wollen, schließt die Theilung nicht aus ^{c)}.
- 2) Wenn der Belangte unerachtet der Solvenz der Mitbürgen die *Exc. div.* nicht zur gehörigen Zeit vorgeschützt hat. (Siehe oben S. 17.)

²⁾ Die Frage: ob bei den *Correi debendi* das *ben. div.* Platz greife, ist bekanntlich sehr bestritten.

cf. Wangerow. S. 80.

„Gebührt ihnen diese Wohlthat, so ist sie jedenfalls erst durch die Nov. 99. für die *Correi* eingeführt, und existirte daher zur Zeit der besprochenen Constitution l. 28. Cod. (S. 41.) noch nicht.“

³⁾ cf. Wangerow. S. 43. und 84.

Savigny. *Oblig.* S. 283. ff.

^{b)} cf. Hofacker. § 2037.

^{c)} l. 3. Cod. (VIII. 41.)

„nam licet significes, adjectum esse in obligatione, ut singuli in *solidum* tenerentur: tamen nihil haec res mutat conditionem juris et constitutionem; nam et cum hoc non adjiciatur, singuli tamen in *solidum* tenentur; sed ubi omnes sunt idonei in portionem obligatio dividitur.“

- 3) Wenn der Bürge seine Intercession leugnet, so trifft ihn als *poena inficiationis* der Verlust der Theilungswohlthat.

l. 10. § 1. Dig. (46. 1.)

- 4) Wenn sich Mehrere für einen Vormund verbürgt haben, so fällt die Einrede der Theilung dem Pupillen gegenüber weg.

l. ult. Cod. Rem. pup. salv. fore (46. 6.)

Hofacker § 2037. führt als Ausschließungsgrund der *exc. div.* noch den Umstand an, daß ein Frauenzimmer oder ein in *integrum* restituirter Minderjähriger Mitbürge desjenigen ist, der die Theilung verlangt. Hier kann indeß von einem *ben. div.* nicht wol die Rede sein, da die Verbürgung des Frauenzimmers nach dem *Seculo Vellejano* verboten und in sich nichtig, die Wirksamkeit der Bürgschaft der Minderjährigen aber in Folge stattgehabter Restitution gehoben ist, in beiden Fällen also ungeachtet thatsächlicher Verbürgung der mehreren Personen rechtlich nur ein Bürge vorhanden ist.

In Kürze ergeben sich aus dem Vorhergehenden folgende Sätze:

- 1) Daß jeder der Bürgen *ipso jure* und ohne besondere Verabredung, in *solidum* haftet.
- 2) Daß die Verpflichtungen der mehreren Bürgen dennoch objectiv nur eine *Obligatio* bilden.
- 3) Daß in dem *Beneficio divisionis* den Bürgen ein Mittel zur Abwendung der Verurtheilung ins Ganze erstanden ist, welches jedoch nur *ope exceptionis* in Anwendung kommt, und nur Demjenigen, der es geltend gemacht, nützt, Diesen aber auch für immer von dem Reste befreit.
- 4) Daß die unerläßliche Voraussetzung des *ben. div.* in der Zahlungsunfähigkeit der Mitbürgen liegt; daß aber auch in gewissen Ausnahmefällen die Solvenz der Uebrigen in Bezug auf die Theilungseinrede unwirksam ist.
- 5) Daß die Belangung des Einen, die *Litiscontestatio* mit Demselben, die Verurtheilung des Beklagten die Rechte des Gläubigers gegen die übrigen Bürgen nicht vernichten oder schmälern.

B. Kurländisches Recht.

Kurl. Stat. § 126. Pilt. Stat. Thl. II. Tit. 12. § 5. Vauskesche Pol. Ord. Tit. 23. § 3 und 5. Friedrichst. P. O. Tit. 22 § 2 und 3., ferner § 127 der Kurl. und § 6 ibid. der Piltenschen Statuten.

Der § 126 Stat. curl. lautet:

Habent beneficium divisionis plures fidejussores, nisi ei sit renunciatum, quo casu singuli haeredesque eorum in solidum tenebuntur.

Mehrere Bürgen haben das beneficium divisionis. Das einheimische Recht hat demnach durch positiven Gesetzesauspruch die gemeinrechtliche durch die episiola D. Hadriani eingeführte Rechtswohlthat der Theilung zwischen den mehreren Bürgen in Kurland für wirksam erklärt, welche Wirksamkeit bei der anerkannten Geltung des gemeinen und speciell des römischen Rechtes in Kurland auch dann außer Zweifel stände, wenn das einheimische Recht hierüber schwiege.

Finden sich nun in dem § 126 keine unzweideutig gebotenen Abweichungen von der Lehre des römischen Rechtes über die Verbindlichkeit der mehreren Fidejussoren, so wird die letztere auch unverändert für Kurland anwendbar sein *), und dürfen Abänderungen des früheren Rechtes durch das spätere eben so wie des allgemeinen durch das specielle nach bekannter Interpretationsregel nicht präsumirt werden.

Der allgemeine Grundsatz über die Theilungswohlthat ist in dem ersten Satze des Paragraphen gegeben; denn der fernere mit nisi beginnende Inhalt behandelt bereits die Ausnahme.

„Plures fidejussores habent beneficium divisionis.“

Eine Theilung ist nur dann zulässig, wenn eine Mehrheit von Bürgen vorhanden ist. Hierin liegt zunächst, daß der Einzelbürge eine Theilung seiner Schuld mit dem Hauptschuldner auch im Falle der Solvenz des Letzteren nicht beanspruchen darf. Der Bürge hat in solchem Falle übrigens ein anderes Rechtsmittel, das ben. excussionis, durch welches er zur Zeit den Angriff des Gläubigers abwehren kann.

*) Reumann. Kurl. Erbrecht. S. 11.

Sodann ist die Theilung ausgeschlossen, wenn zwar factisch Mehrere sich verbürgt, die Bürgschaft der Uebrigen aber rechtlich als nicht vorhanden angesehen wird, es sei, daß diese Bürgschaft gleich ab initio ungültig war, wie z. B. die Intercessio des Frauenzimmers gegen das Sect. Vellejanum, oder ex post aufgehoben wird, wie die durch Restitutio in integrum für unwirksam erklärte Bürgschaft des Minderjährigen, Fälle, in denen auch nach gemeinem Rechte die Theilung nicht Platz greift. 1. 48. Dig. (46. 1.) (Oben S. 27.)

„Habent beneficium divisionis.“

Die Theilung der Schuld ist ein beneficium, also eine Wohlthat des Bürgen. Eine Rechtswohlthat steht dem strengen Rechte gegenüber. Ist die Theilung mit den Mitbürgen ein beneficium, so muß nach den Grundsätzen des strengen Rechtes deren Gegensatz, also obligatio in solidum, Geltung haben. Somit erkennt denn auch das kurl. Recht das gemeinrechtliche Prinzip an, daß unter mehreren Bürgen jeder Bürge ipso jure in solidum hafte, und daß es zur Begründung dieser Solidarpflicht nicht erst einer darauf hinielenden Verabredung bedürfe. — Will der Bürge sich den Wirkungen des strengen Rechtes entziehen, so muß er das beneficium divisionis für sich erst in Anwendung bringen; denn dieses ist eben eine Wohlthat, die seiner Bürgschaftspflicht ipso jure nicht innewohnt. Die Anwendung des beneficii kann er nun, weil er als Bürge Schuldner ist, nur auf dem Wege der Exceptio gegen die Klage des Gläubigers herbeiführen. Es bekräftigen daher auch die kurl. Statuten durch die Bezeichnung der Theilung als eines beneficii den gemeinrechtlichen Grundsatz, daß die Theilung erst durch eine Exceptio des Beklagten, resp. durch richterliche Anerkennung in darauf folgendem Urtheile concrete Anwendung erhalte. Hieraus ergibt sich ferner sowol die Geltung der aus der exceptivischen Natur des beneficii, (cf. oben S. 15 u. 16) gezogenen processualischen Folgerungen, als auch die Einflußlosigkeit der von einem der Mitbürgen auf dem Wege des Processus für seine Person durchgesetzten Theilung auf die Obligatio der Mitbürgen. (cf. Seite 22 und 23).

Der Solvenz der Mitbürgen, als Bedingung der Theilbarkeit der Forderung, wird weder im § 126 noch sonst wo in den kurl. Statuten gedacht. Nichts destoweniger wird in Grundlage der Epistola Hadriani dieses Requirat auch in Kurland unerläßlich sein, da dasselbe nicht nur in den Statuten nicht ausdrücklich aufgehoben ist, sondern auch die Bezeichnung der Theilung als eines

auf dem Wege der Exceptio zu erzielenden beneficii darauf hinweist, daß thatsächliche Umstände vorliegen müssen, welche die Beschränkung des strengen Rechtes in concreto bedingen. Ebenso gilt der Zeitpunkt der Litiscontestatio als entscheidend für die Constatirung der Solvenz, und tritt hinsichtlich des Proceßstadii, in welchem die Einrede der Theilung vorgeschützt werden muß, das oben (cf. Seite 16) Gesagte ein.

cf. Instructorium P. I. T. I. § 19 ff.

Kurl. Stat. § 21.

Nachdem nun die in dem ersten Satze des § 126 in großer Bündigkeit aufgestellten allgemeinen Grundsätze in Betreff des ben. div. aufgedeckt und als übereinstimmend mit dem römischen Rechte erkannt worden sind, ist der fernere Verlauf des Gesetzes, der, mit dem Worte „nisi“ beginnend, die Ausnahmen von der Regel nennt, zu erwägen.

„nisi ei sit renuntiatum.“

Die Wohlthat und resp. Einrede der Theilung wird also ausgeschlossen durch einen Verzicht auf dieselbe.

Wie dieser Verzicht beschaffen sein müsse um die angedeutete Wirkung hervorzubringen, darüber schweigen die Statuten. Hier greifen also die gemeinrechtlichen Regeln Platz, nach denen Verzicht nie zu vermuthen, wol aber stricte zu interpretiren sind; daher muß die in l. 3. Cod. (S. 41.) enthaltene Vorschrift (cf. Seite 26) daß die bloße Verabredung, in solidum haften zu wollen, noch keine Entsagung auf das Theilungsbeneficium involvire, auch für das statutariſche Recht bindend sein.

Obgleich nun die Statuten nur den Verzicht als Ausschließungsgrund der Theilung nennen, so werden dennoch die übrigen oben angegebenen (S. 26 ff.) Ausnahmefälle des römischen Rechtes nach der hermeneutischen Regel „positio unius non est exclusio alterius“ in Kraft verbleiben müssen, da die augenfällig rhapsodische und generelle Fassung des Paragraphen den Gedanken an eine erschöpfende, ins Einzelne gehende Darstellung der Lehre über die Theilungswohlthat beseitigt und den Beweis liefert, daß es den Commissarien nur darum zu thun war, in wenigen Worten einerseits die allgemeine Geltung des ben. div. in Kurland, so wie andererseits die Möglichkeit von Ausnahmefällen anzudeuten, zu welchem Zwecke sie denn einen der im practischen Leben am häufigsten vorkommenden Fälle, den Verzicht, anzuführen sich veranlaßt sahen.

„Quo casu singuli haeredesque eorum in solidum tenebuntur.“

Die Worte quo casu beziehen sich offenbar auf den unmittelbar vorhergehenden Satz „nisi ei renunciatum sit.“ Eine Solidarpflicht der Einzelnen finde demnach in dem Falle statt, wenn auf das beneficium Verzicht geleistet worden ist, wie überhaupt dann, wenn eine Theilung aus andern Gründen nicht eintreten kann. Hierin liegt eine Bestätigung der oben entwickelten Ansicht, daß die Obligatio eines Jeden ipso jure auf das Ganze gehe, und erst ope exceptionis in eine Theilpflicht verwandelt werde. Denn das bloße Wegfallen einer Exceptio, eines Vertheidigungsmittels gegen eine Klage, giebt der letzteren nicht ihre Begründung; diese hat ihr selbstständiges Fundament. Das Dasein der Einrede mindert oder zerstört die Wirksamkeit der Klage, das Wegfallen der Einrede bringt die Klage auf denjenigen Standpunkt, in welchem sie sich von vorn herein befunden.

Da nun der Verzicht auf die Theilung und überhaupt das Wegfallen der Exceptio divisionis eine Verurtheilung der Einzelnen in solidum zur Folge haben soll, so muß der Klageanspruch auf das Solidum an und für sich bereits begründet gewesen sein, mithin die Obligatio des Einzelnen ipso jure auf das Ganze gehen. Ginge sie nur auf die Räte, so bedürfte es einerseits nicht einer Einrede, eines beneficii, um die actio in solidum zu entkräften, so könnte andererseits das Wegfallen der Einrede nicht die nur pro rata begründete Klage zu einer actio in solidum erheben.

Es kann somit per argumentum a contrario nicht dahin geschlossen werden, daß dann, wenn kein Verzicht auf das Beneficium oder überhaupt kein Ausschließungsgrund der Theilung obwalte, die singuli überhaupt nur pro parte verpflichtet seien; sondern dahin, daß sie in solchem Falle die auf das Ganze gehende Verpflichtung durch Anwendung des beneficii ope exceptionis in eine Theilverbindlichkeit zu verwandeln befugt seien.

„singuli haeredesque eorum.“

Da wo keine Theilung eintritt, sollen der einzelne Bürge und dessen Erben in solidum haften.

Es scheint nach der Wortfassung, als ob die gegen die Person des Erblassers begründete Obligatio in solidum dergestalt auf die mehreren Erben übergehe, daß jeder der Erben für den andern solidarisch hafte. Dieses

wäre eine Singularität, da nach allgemeinem Grundsatz die Schulden des Erblassers zwischen den Erben ipso jure nach Maaßgabe der Erbschaftsquote vertheilt werden d). Eine solche Anomalie liegt nun aber keinesweges in dem § 126. Stat. Er regelt nur das Verhältniß der mehreren Bürgen unter einander, und besagt offenbar, daß dieselbe Verbindlichkeit, welche den einzelnen Bürgen rücksichtlich seiner Mitbürgen solidarisch treffe, in gleicher Weise auch auf die Erben dieser Bürgen übergehe. Hat der Erblasser auf das Beneficium divisionis verzichtet, so sollen auch dessen Erben die Theilung mit den Mitbürgen nicht verlangen, sondern das Ganze zahlen. Das hievon wesentlich verschiedene Verhältniß der Erben eines Bürgen unter einander ist nicht Gegenstand des Gesetzes; es muß vielmehr nach den allgemeinen Regeln über die Haftung der Erben zwischen diesen eine Theilung der solidarischen Obligation des Erblassers in Raten erfolgen, und zwar bedarf es hiezu nicht erst einer Einrede, — am allerwenigsten der exceptio divisionis, die ja nur für die Mitbürgen gegeben ist — sondern es geschieht die Theilung ipso jure durch den Antritt der Erbschaft.

Die Piltenschen Statuten sagen im Theil II. Tit. 12. § 5.

„Da sich einer vor alle verschrieben, kann man die ganze Summe von einem fordern; hätte sonst außerhalb dieses, einer der andern Bürgen nicht zu zahlen, so haftet vor desselben Theil ein Jeder pro rata.“

Es ist bereits oben erörtert wie nach gemeinem Rechte Jeder der mehreren Bürgen aus dem Gesetze selbst für die ganze Schuld hafte, so daß eine ausdrückliche hierauf hinielende Verabredung überflüssig ist, um die Wirkung der Solidarpflicht zu erzeugen. Auch in den kurl. Statuten ist derselbe Grundsatz aufgefunden worden. Eine oberflächliche Durchsicht des allegirten Paragraphen der Piltenschen Statuten scheint nun eine entgegengesetzte Bestimmung zu enthalten. Wenn sich Einer für Alle verschrieben, kann der Gläubiger das Ganze von dem Einzelnen fordern; so lehrt der erste Satz des Gesetzes. Diese Bestimmung, für sich betrachtet und aus dem Zusammenhange mit dem ferneren Gesetzesinhalte gerissen, scheint den Ausdruck zu thun, daß der Grund der Solidarpflicht in einer auf's Solidum gerichteten ausdrücklichen Convention und

d) l. 6. Cod. Ea, quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, quum ipso jure in portiones hereditarias ex lege XII. tabularum divisa sint.

nicht schlechtweg in dem Gesetze liege; daß daher eine ohne die Clausel der Solidarität constituirte Bürgschaft Mehrerer nur eine Haftung des Einzelnen für seinen Theil erzeuge. Diese Annahme wird indeß in den folgenden Sätzen gleich widerlegt, wo es heißt, daß in diesem letzteren Falle „vor desselben (nämlich des insolventen Bürgen) Theil“ ein Jeder pro rata haften solle, mithin auch bei der einfachen, ohne die Correalclausel geschehenen Verbürgung der Einzelne nicht bloß auf seinen Antheil beschränkt bleibt, sondern (unter gewissen Voraussetzungen) für den Antheil seiner Mitbürgen einsteht. Das Gemeinschaftliche beider Fälle ist nun offenbar Ausschluß der obligatio pro parte, und Haftung für die Antheile der Uebrigen; in keinem der beiden Fälle solle die Verbindlichkeit des Einzelnen auf die pars virilis beschränkt sein. Worin liegt nun das Unterscheidende? erstlich in den Voraussetzungen der Haftungspflicht des Einen für den Andern. Im ersten Fall soll unbeschränkt von Jedem das Ganze gefordert werden können; im zweiten Fall dagegen eine Haftung für den Mitbürgen nur bei Insolvenz desselben stattfinden. Sodann findet ein Unterschied in den Wirkungen der Haftungspflicht statt; liegt die Solidarclausel vor, so muß der Eine „die ganze Summe“ ohne Rücksicht auf die Zahl der Mitbürgen leisten; fehlt die Clausel, so haftet ein Jeder nur pro rata für den ausfallenden Theil des Insolventen. — Wie nun die Voraussetzung, die Insolvenz, so weist nicht minder die Wirkung, die Haftung pro rata für den ausfallenden Theil des insolventen Bürgen, darauf hin, daß in dem zweiten der im § 5. prosicirten Fälle das beneficium divisionis behandelt wird. Der auf das Ganze belangte Bürge kann gemeinrechtlich kraft der exceptio divisionis zwar keine Theilung der gegen ihn in solidum begründeten obligatio mit den insolventen Mitbürgen, wol aber mit den solventen bewirken. Daher kann dem der ausfallende Theil des Insolventen ope exceptionis mit den Uebrigen getheilt werden, und es wird sonach der Belangte, der ipso jure für den ganzen Antheil des Insolventen einstehen mußte, dennoch nur eine condemnatio pro rata erleiden. Diefelben Resultate giebt der § 5. Auch er statuirt in dem Falle der einfachen Verbürgung eine Haftung für den zahlungsunfähigen Mitbürgen; hierin liegt die doppelte Anerkennung, erstlich, daß ipso jure auch ohne Verabredung der Eine für den Andern einstehe, zweitens, daß die Zahlungsunfähigkeit des Einen das beneficium divisionis mit Demselben ausschliesse, mithin Solvenz Bedingung der Theilung sei. Aber der Einzelne soll nicht allein den

ganzen Ausfall tragen, sondern „für diesen Ausfall nur pro rata haften;“ offenbar, weil noch andere — (dieses geht aus dem Ausdrucke „ein Jeder“ hervor) — Bürgen und zwar solvente existiren, mit denen die Theilung des Ganzen, also auch die der Quote des Insolventen, in Gemäßheit der Epistola gefordert werden kann.

Sonach hat denn in dem zweiten Falle des § 5., bei der schlechtweg geschehenen Verbürgung Mehrerer, nach Piltenschem Rechte keine Abweichung von der gemeinrechtlichen Theorie über die solidarische Haftung der Mitbürgen und über das beneficium divisionis statt. Anders verhält es sich, wenn die Clausel „Einer für Alle und Alle für Einen“ in den Bürgschaftsvertrag aufgenommen ist. Dann kann man die „ganze Summe“ von Jedem fordern ohne Rücksicht darauf, ob einer der Mitbürgen zahlungsunfähig geworden, und ob außer dem Insolventen nicht noch solvente vorhanden sind. Die Frage über die Solvenz oder Insolvenz der Uebrigen kommt dann gar nicht in Betracht; die Solidarität soll durch das ben. div. nicht gebrochen werden, dieses Letztere selbst mithin ausgeschlossen sein. Die Correalclausel wird folglich als eine Entsagung auf das Beneficium angesehen ^{e)}. Die Wirkung der Clausel läßt sich dahin bestimmen: sie begründet nicht erst den Solidaranspruch; dieser gilt vielmehr auch ohne jene; wol aber bewirkt sie die ungeschmälerte Geltendmachung desselben; denn der Klage des Gläubigers steht die sonst statthabende Einrede der Theilung nicht mehr entgegen, weil in der Clausel ein Verzicht auf dieses Beneficium liegt.

Diese Wirkung der Clausel ist dem Piltenschen Rechte ganz eigenthümlich; nach gemeinem Rechte darf ein Verzicht nicht nur im Allgemeinen nur da angenommen werden, wo eine ganz unzweideutige, auf das Aufgeben eines bestimmten Rechtes gerichtete Willenserklärung des Entsagenden vorliegt, sondern soll nach specieller Vorschrift d. 1. 3. Cod. VIII. 41. in der Stipulation der Mitbürgen, in solidum haften zu wollen, keine Renuntiation auf das ben. divisionis angetroffen werden. Erwägt man jedoch, daß nach bekannter Auslegungsregel nicht anzunehmen ist, ein Ausdruck sei umsonst gebraucht, daß der Zusatz „Einer für Alle und Alle für Einen“ aber, selbst nach Piltenschem Rechte, nicht die Solidarität der Haftungspflicht begründet, welche vielmehr auch ohne jenen Zusatz eintritt, daß die ganze Clausel mithin, wenn man ihr nicht die Bedeutung

^{e)} Bunge. Kurl. Privatrecht. § 97. 4. Anmerk. 1.

eines Verzichtes auf das ben. div. beilegte, völlig müßig wäre, so erscheint die Vorschrift des Piltenschen Rechtes, daß jene Formel solchen Verzicht enthalte, keinesweges irrationell; sie bleibt indeß immer eine Singularität, da die Grundlage des provinziellen Rechtes, das römische, sie durch specielle Gesetzesvorschrift verwirft; in dem Gebiete des kurl. Landrechtes hat sie daher auch keine Geltung.

Die über das Verhältniß der mehreren Bürgen handelnden stadtrechtlichen Bestimmungen sind:

Bauske P. D. Tit. 23. § 5.

„Da zwey, drey oder mehr in gemein Bürgen würden für einen auf gewisse Summa Geldes, und das Geld auf gewisse Zeit nicht aufkommen würde, so muß ein jeglicher Bürge sein Quotam zahlen.“

Uebereinstimmend ist hiemit die P. D. von Friedrichstadt. Tit. 22. § 2.

Ferner Bauske P. D. Tit. 23. § 3.

„Sollte aber einer für alle und alle für einen gelobet haben, so mag der Creditor einen von denselben besprechen, und da etliche verstorben, von desselben Erben solches fordern, die ihren Regreß von den andern Bürgen oder derselben Erben solches wieder zu fordern haben.“

Uebereinstimmend mit dem letzteren Paragraphen ist die Friedrichstadt. P. D. Tit. 22. § 3.

Auch in den Stadtrechtsbestimmungen läßt sich in Beziehung auf die Solidarverbindlichkeit der Bürgen keine Abweichung von den gemeinrechtlichen und provinziellen landrechtlichen auffinden. Der Ausspruch des § 5., daß von Denjenigen, die „insgemein“ sich verbürgt haben, Jeder nur seine Quote zu bezahlen habe, würde einen Widerspruch in sich tragen, wenn in ihm der Umfang der obligatio angegeben sein sollte, denn wie könnte das ausdrückliche Versprechen, die Schuld „insgemein,“ also ohne Rücksicht auf das Dasein der andern Schuldner zu bezahlen, eine bloße obligatio pro parte erzeugen? An einem guten Sinne fehlt es dem Gesetze nicht, wenn man in ihm die Wirkung des ben. divisionis erkennt. Obgleich der Einzelne, wie verabredet, oder wie es sich auch ohne Verabredung von selbst versteht, in solidum haftet, so braucht er dennoch nicht das Ganze, sondern seine Quote zu zahlen, weil er durch die ihm unter gewissen Voraussetzungen zustehende exceptio divisionis, die solidarische in eine Theilverbindlichkeit verwandelt. Haben aber Einer für Alle und Alle für Einen zugesagt, dann kann nach dem § 3. der P. D. der Gläubiger jeden

Einzelnen auf das Ganze belangen. Der Einzelne muß in solchem Falle offenbar auch das Ganze zahlen (im Gegensatz zur Zahlung der Quote nach dem § 5.). Soll der Einzelne aber unbedingt das Ganze zahlen, so muß das ben. div. ausgeschlossen sein; daß nun in der Clausel „Einer für Alle und Alle für Einen“ der Grund des Verlustes des Beneficii, mithin ein Verzicht auf das letztere liege, geht aus dem Gegensatz zu dem § 5. hervor, in welchem jene Clausel fehlt und der Anwendung des Beneficii kein Hinderniß entgegensteht.

Die Modification des Stadtrechtes, — das mit dem Piltenschen Rechte durchweg übereinstimmt, — von dem gemeinen und kurländischen Landrechte besteht demnach nur in dem Verluste der Einrede der Theilung durch die Correalclausel.

§ 127. Stat. Curl. und § 6. der Piltenschen Statuten.

Es liegt in dem Wesen der Correalobligation, daß die Ereignisse, welche den objectiven Bestand der obligatio aufheben, alle Correi befreien, wenn gleich dieses Ereigniß auch nur in der Person eines derselben eingetreten ist ^{f)}. Zu diesen Ereignissen gehört nun hauptsächlich die Zahlung. Durch Zahlung der Schuld wird diese ipso jure vernichtet. Durch dieselbe, sie mag von einem, mehreren, oder allen Schuldnern gemeinschaftlich ausgehen, werden alle Correi frei. Diese Wirkung der solutio gilt natürlich auch bei der correalen Verpflichtung der Bürgen ^{g)}. Die Zahlung hat indeß selbstverständlich nur dann die zerstörende Kraft, wenn sie dem vollen Inhalte der obligatio entspricht ^{h)}. Die Erfüllung eines Theiles der Schuld befreit daher weder den Zahlenden noch die Mitbürgen von dem Reste, weil jeder von ihnen das solidum schuldet ⁱ⁾. Anders dagegen, wenn die Prästation einer Rate in Grundlage der gegen die Klage auf das solidum vorgeschügten und richterlich anerkannten Einrede der Theilung erfolgt ist; dann tritt gänzliche Befreiung des Zahlenden ein, denn die exceptio divisionis hat die solidarische in eine Theilverbindlichkeit verwandelt und der Klage auf den Rest steht die exc. rei judicatae entgegen. Nicht die Zah-

^{f)} Ribbentrop. S. 23.

Vangerow. S. 89.

^{g)} pr. Inst. III. 29.

^{h)} ibidem. Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus quod debetur.

ⁱ⁾ l. 51. § 1. Dig. (46. 1.)

fidejussor, qui partem pecuniae suo nomine vel rei promittendi solvit, quominus residui divisione facta portionis judicium accipiat, recusare non debet.

lung, sondern die exc. div. ursacht daher den Untergang der Forderung auf das Residuum. — Wenn nun auch die partielle Zahlung, als solche, den Zahlenden des Residui nicht enthebt, so dürfte es dennoch fraglich sein, ob die Entgegennahme der Rate nicht als eine stillschweigende Entsagung des Gläubigers auf die Nachforderung des Restes von dem zahlenden Bürgen angesehen werden könne. Dieses muß vom Standpunkte des gemeinen Rechtes entschieden verneint werden (cf. Seite 16); es sei denn, daß die Zahlung und die entsprechende Empfangnahme der Rate von besonderen Thatumständen begleitet gewesen, aus denen eine entsagende Willensmeinung mit Nothwendigkeit gefolgert werden muß.

Abweichendes bestimmt dagegen das Provinzialrecht. Der § 127. Stat. Curl. besagt:

„si creditor ab uno fidejussorum ratam suam acceperit, nec protestatus fuerit, quod hac particulari receptione obligationem dissolvere nolit, ei ad eundem fidejussorem de residuo recursus postea non dabitur.“

Es enthält dieses Gesetz eine zweifache, für uns wichtige Entscheidung; erstlich die Bestätigung des bereits oben aus dem § 126. ibid. entwickelten Grundsatzes, daß jeder der Bürgen das solidum schuldet; zweitens die singuläre Verordnung, daß Annahme eines Theiles ohne Protestation, d. h. Rechtsbewahrung für fernere Beanspruchung, die obligatio des Zahlenden in ihrem ganzen Umfange zerstöre, so daß die Nachforderung des Residui von demjenigen, der die Theilzahlung geleistet, ausgeschlossen ist.

Das Erstere, nämlich die Haftung des Einzelnen für das solidum, ergibt sich ohne Weiteres aus dem argumento a contrario, und dem Begriffe der Protestation. Die Protestation, als eine einseitige Handlung des Gläubigers, kann diesem keine Rechte gegen den Schuldner begründen; soll sie daher dem Gläubiger das Nachforderungsrecht des Restes gewähren, — und dieses ist die Absicht des Gesetzes, — so muß dieses Recht vor der Protestation begründet gewesen sein, folglich sich die obligatio des Bürgen von Anfang an auch auf den Rest, und also auf das solidum erstreckt haben.

Die Rechtsbewahrung soll dagegen hier, wie überhaupt immer, nur die Erhaltung eines mit Untergang bedrohten Rechtes bewirken. Das Ereigniß, durch welches das Fortbestehen der obligatio in Frage gestellt wird, ist die An-

nahme einer Theilzahlung durch den Gläubiger; denn da dieser das Ganze zu fordern berechtigt ist, so kann die Entgegennahme des Theiles den Willensausdruck, das weitere Recht aufzugeben, also einen Verzicht, involviren. Die Annahme der Rate ist eine mehrdeutige Handlung. Während nun das gemeine Recht ihr die für den Gläubiger günstigere Auslegung zugesteht, da Verzichte nie vermuthet werden, legt ihr das Provinzialrecht die nachtheiligere Deutung bei; sie soll den Verlust der Klage auf das Residuum zur Folge haben, wenn der Gläubiger nicht ausdrücklich erklärt, er wolle die Obligation des Bürgen durch den theilweisen Empfang nicht aufheben. In der Annahme des Theiles liegt also nach kurl. Rechte die praesumptio juris eines Verzichtes auf den Rest.

Wie die Protestation beschaffen sein müsse, um den Recurs offen zu halten, ist in dem Gesetze nicht angegeben. Doch dürfte es sich von selbst verstehen, daß sie nicht blos gerichtlich zu den Acten gegeben werden, sondern auch außergerichtlich geschehen kann. Das Letztere muß schon deshalb zulässig sein, weil die Bürgschaft nach provinziellem Rechte nicht unter gerichtlicher Mitwirkung errichtet zu werden braucht, daher denn auch weder die Acte, durch welche sie aufgehoben, noch die, durch welche ihr Fortbestehen gewahrt wird, richterlicher Theilnahme bedürftig sind. Selbstverständlich ist es übrigens, daß die Protestation gleich beim Empfange der Zahlung erfolge. Denn die stillschweigende Entgegennahme hat die Befreiung zur Folge; diese tritt daher mit jener ein, und eine nachfolgende einseitige Erklärung des Gläubigers kann bereits zerstörte Rechte nicht wiederherstellen.

Ganz übereinstimmend hiemit ist der § 6. der Piltenschen Statuten:

„Wer von einem sein Antheil empfanget, und nicht bedinget, daß er damit die Schuld nicht wollte trennen, der hat solchen Bürgen seiner Verpflichtung erlediget.“

Die Stadtrechtsquellen schweigen über die Wirkung des Empfanges der Rate; doch steht der Anwendung der eben besprochenen Bestimmung des kurl. und resp. des Piltenschen Landrechtes in den kurl. Städten nichts entgegen, da bekanntlich das Landrecht nicht weniger durch Gebrauch als durch ausdrückliche Vorschrift auch in den Städten allgemein Geltung hat ^{k)}.

^{k)} cf. Bunge. Kurl. Priv. Recht. § 18. insbesondere Anmerk. 4.
Neumann. Erbrecht. S. 18.

Zweiter Abschnitt.

Verhältniß des Bürgen zum Gläubiger in Hinsicht auf die Person des Hauptschuldners. Beneficium excussionis.

A. Römisches Recht.

Die Bürgschaft ist eine Art der Intercession. Zu ihrem Begriffe gehört also auch das allgemeine Merkmal aller Intercessionsarten, das Vorhandensein einer Obligatio, zu der eine dritte Person, der Intercedent, als Schuldner hinzutritt. Die Intercessionen zerfallen bekanntlich in privative und cumulative, je nachdem die ursprüngliche obligatio durch die Intercession zerstört wird, oder das neue Schuldverhältniß dergestalt neben das ältere tritt, daß dieses letztere fortbestehen bleibt. Zu der letzteren Kategorie gehört nun auch die Bürgschaft ¹⁾. Ihr Zweck ist die Sicherstellung des Gläubigers durch die Person des Bürgen, der die Verbindlichkeit des Hauptschuldners zu erfüllen verspricht, ohne aber den Letzteren außer nexus zu setzen. Welche ist nun die rechtliche Stellung des Gläubigers zu seinen beiden Debitoren, dem Hauptschuldner und dem Bürgen? Hat er sich zunächst an den Hauptschuldner mit seinem Ansprüche auf Befriedigung zu wenden und dann erst, wenn diese nicht zu erzielen war, seine Schritte gegen den Bürgen zu lenken, oder steht ihm gleich die freie Wahl zwischen beiden Schuldner offen? Erwägt man, daß der Hauptschuldner das ursprüngliche Subject der Obligatio ist, und daß der Bürge nur für die Schuld dieses Letzteren, also für eine fremde Schuld, einsteht, so könnte man geneigt sein, auch bei der Geltendmachung des Forderungsrechtes dieselbe Ordnung eintreten zu lassen, wie bei der Entstehung desselben, also den Gläubiger mit der Klage zunächst an den Principalschuldner zu verweisen, und erst in subsidium

¹⁾ § 5. Inst. (III. 20.) nam eorum (sc. Adejussorum) obligatio accessio est principalis obligationis.
l. 1. § 8. Dig. de obl. et act.
Bangerow. S. 157.
Göschel. S. 510.
Thibaut. S. 940.

die Klage gegen den Bürgen zu gestatten. Zieht man dagegen in Betracht, daß der Bürge, indem er die Erfüllung der obligatio principalis auf sich nimmt, die fremde Verbindlichkeit zu der seinigen macht, also auch den Inhalt der Letzteren in deren ganzem Umfange, insbesondere unter denselben Zeitbestimmungen wie der Hauptschuldner zu erfüllen hat, so möchte es scheinen, daß das Klagerrecht gegen den Bürgen in demselben Augenblicke, wie gegen den Hauptschuldner, begründet sei, mithin der Gläubiger auch mit Uebergehung des Letzteren sogleich den Ersteren in Angriff zu nehmen befugt sei.

Das römische Recht erkennt nun auch diese Befugniß des Gläubigers an. Er hat das *jus eligendi*; in seiner freien Willkühr steht es, zuerst den Hauptschuldner oder sofort den Bürgen zu belangen ^{m)}.

Von der einfachen Verbürgung unterscheidet das römische Recht die *fidejussio indemnitis*, d. h. diejenige, welche auf dasjenige beschränkt ist, was der Gläubiger vom Schuldner zu erlangen außer Stande sein würde ⁿ⁾. Bei der letztern ist die Verbindlichkeit der Bürgen durch die Erfolglosigkeit der gerichtlichen Schritte gegen den Hauptschuldner bedingt, eine obligatio sub conditione. Pendente conditione existirt überhaupt noch keine obligatio fidejussoria. Erst dann, wenn die gehörigen Maassregeln gegen den Hauptschuldner nicht volle Befriedigung erzielt haben, wird die Suspensivbedingung existent, und mit ihr das Klagerrecht gegen den Bürgen begründet. Die Belangung des Indemnitätsbürgen vor dem Hauptschuldner ist deshalb rechtlich unzulässig, und in dieser abweichenden Wirkung liegt der Hauptunterschied der *fidejussio indemnitis* von der *fidejussio simplex*.

Die Wirksamkeit des Grundsatzes über die unmittelbare, durch keine vorhergängige Klage gegen den Hauptschuldner bedingte, Verhaftung des Bürgen hat nun der Kaiser Justinian durch das in der Nov. 4. Cap. 1. eingeführte bene-

^{m)} cf. l. 3. Cod. (VIII. 41.)

„Non recte procuratores nostri, si allegationi tuae fides adesset, audire te noluerunt ex bonis fidejussoris, quae ad fiscum pervenerunt pecuniam repetentem, sed reum principalem convenire jusserunt; cum electionis potestas permittitur creditori.“

l. 5. ibid. Jure nostro est potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur.

ⁿ⁾ l. 41. Dig. (46. 1.) l. 116. Dig. de V. O.

ficium excussionis gebrochen; der Kaiser verordnet, es solle der Gläubiger nicht aus Nachlässigkeit (*negligens*) die Bürgen belästigen; sondern sich zuerst an den Hauptschuldner (*qui aurum accepit, debitumque contraxit*) wenden; wenn er aber von diesem gar keine oder nicht volle Befriedigung erhalten, dann erst solle er den Bürgen auf das Nichterlangte in Anspruch nehmen dürfen. Dieses solle jedoch nur dann stattfinden, wenn Beide, Bürge und Hauptschuldner, gegenwärtig sind. Ist der Schuldner abwesend, dann sei es hart, den Gläubiger an den Hauptschuldner zu verweisen, während er von dem Bürgen rasch (*mox*) Befriedigung erhalten könnte. In diesem Falle solle der Richter dem Bürgen eine Frist zur Herbeischaffung des Schuldners ansetzen, damit dieser zunächst die Klage entgegennehme, und der Bürge einstweilen befreit werde; sistire der Bürge den Schuldner aber nicht in der richterlichen Frist, dann solle der Bürge sich auf die Klage einlassen, und von ihm die Schuld beigetrieben werden.

Justinians Absicht ist möglichste Schonung des Bürgen, bei möglichster Aufrechthaltung der Rechte des Gläubigers. Er findet es hart, daß man sich gleich an den Bürgen wende, da nicht dieser, sondern ein Anderer der Contrahent der Schuld sei; dieser soll daher *primo loco* belangt werden, und erst dann, wenn die Schritte gegen denselben fruchtlos gewesen, soll der Bürge an die Reihe kommen. Auf der andern Seite soll die durch die Bürgschaft bezweckte Sicherheit des Gläubigers nicht leiden; darum die Aufrechthaltung der Verbindlichkeit des Bürgen unerachtet der Vorausklage des Hauptschuldners; darum das Wegfallen der Vorausklage, wenn die längere Abwesenheit des Hauptschuldners eine Verzögerung der Befriedigung ursachen würde.

Wichtig ist nun die Frage, welchen Einfluß die Nov. 4. auf das frühere *jus eligendi* des Gläubigers habe; ob dieses fortbestehe, oder ob die Verpflichtung der Bürgen nach neuerem Rechte *ipso jure* eine subsidiarische sei. Für die Ansicht, daß der Bürge auch nach dem neuesten römischen Rechte *ipso jure* unmittelbar hafte, spricht die Natur der Bürgschaft, da ihr die Voraussetzung einer vorhergängigen Belangung des Hauptschuldners fremd ist, vielmehr die Verbindlichkeit des Bürgen eine streng accessorische, mithin auch in demselben Zeitpunkte begründet ist, wie die des Hauptschuldners. Sodann liegt auch in den Worten und dem Geiste der Nov. 4. keinesweges eine solche Umwandlung des Wesens der Bürgschaft, sondern bloß ein aus der Aequitas zustandener Schutz des Bürgen gegen die sofortige Beanspruchung, mit andern

Worten eine exceptio gegen die an sich begründete Klage des Gläubigers. Dieses erweist besonders die Bestimmung Justinians, daß dem Bürgen eine Frist zur Herbeischaffung des abwesenden Hauptschuldners angesetzt werden solle (judex det tempus fidejussori, volenti principalem deducere). Gehörte die Vorausklage des Hauptschuldners zum Fundamente der Klage gegen den Bürgen, so müßte in dem Falle der Abwesenheit des Hauptschuldners an den Gläubiger die richterliche Auflage ergehen, während der bestimmten Frist Ermittlungsversuche des Aufenthaltes des Schuldners anzustellen, und wäre erst dann, wenn ohnerachtet aller Sorgfalt dessen Bemühungen vergeblich gewesen, die Klage gegen den Bürgen statthaft. Justinian legt es dagegen dem Bürgen auf, den Schuldner zu sistiren. Der Bürge soll die Befriedigung des Gläubigers durch Sistirung des Hauptschuldners ermöglichen, eine Pflicht, die widersinnig wäre, wenn es Justinian's Absicht war, den Bürgen dem strengen Rechte nach erst in subsidium haften zu lassen.

Es dürfte daher die Nov. 4. die unmittelbare Verpflichtung des Bürgen an sich nicht aufgehoben haben, sondern deren Abänderung des früheren Rechtes nur darin zu finden sein, daß dem zuvörderst in Angriff genommenen Bürgen durch Ertheilung einer exceptio ein dem früheren Rechte fremdes Schutzmittel gewährt worden. Nur dann, wenn der beklagte Bürge sich ausdrücklich auf das beneficium excussionis beruft, ist der Gläubiger mit seiner Klage zur Zeit abzuweisen. Diese Ansicht ist auch von der Doctrin schon dadurch anerkannt, daß sie die Vorschrift der Nov. 4. mit der Bezeichnung beneficium und exceptio excussionis belegt.

Bestimmt sprechen es auch mehrere Rechtslehrer aus:

Goeschen ^{o)} sagt: „der Strenge nach hat der Gläubiger die Befugniß, sich mit Uebergang des Hauptschuldners, unmittelbar an den Bürgen zu halten,“ und ferner:

„der Bürge kann, wenn der Gläubiger ihn vor dem Hauptschuldner belangt, mittelst einer Einrede verlangen, daß der Gläubiger zuerst den Hauptschuldner ausklage.“

^{o)} Vorlesungen, Band II. S. 517.

^{p)} Princip. jur. civ. § 2035.

Hofacker ^{p)}: „et stricto jure electio illi competat, utrum contra fidejussorem primo loco velit experiri, an contra debitorem principalem“ und ferner:

„exceptio excussionis ut dilatoria opponi debet ante litem contestatam“ ferner:

„Cessat (sc. benef. excussionis) non usu.“

Thibaut ^{q)}: „Der Bürge hat, wie der Mandator, die Einrede der Vorausklage“ und ferner:

„Wer übrigens nach der Natur seines Versprechens nur subsidiarisch haftet (als solchen bezeichnet Thibaut in Not. 2. den fidej. indemnitalis) bedarf dieser Wohlthat natürlich gar nicht.“

Wangerow Band III. S. 144. scheint abweichender Ansicht zu sein, wenn er behauptet, daß durch die Einführung des beneficii excussionis jede Bürgschaft zu einer fidejussio indemnitalis geworden sei, indem nach der Nov. 4. sich die Bedingung von selbst verstehe, daß der Bürge nur dann obligirt sei, wenn der Gläubiger von dem Schuldner nichts erlangen könne. Die Einschränkung der Bürgschaftsschuld durch eine solche Bedingung würde aber den Gegenstand der obligatio, und hiemit den Begriff derselben, wesentlich ändern, während die Nov. 4. offenbar nur der Geltendmachung, der gerichtlichen Verfolgung der obligatio fidejussoria, bis dahin nicht gekannte Schranken setzt. Die Worte der Novelle „secundum hoc ad fidejussorem veniat et ab illo, quod reliquum est, sumat“ betreffen den modus procedendi des Gläubigers gegen den Schuldner und Bürgen, nicht den Inhalt der Obligation.

Die Worte

„si vero non valuerit a debitore recipere aut in partem aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit recipere, secundum hoc etc.“

sind nicht verba dispositiva, sondern enuntiativa, sie beziehen sich auf die vorhergegangene Bestimmung, daß der Gläubiger, wenn er von dem Hauptschuldner Befriedigung erhalten (si quidem inde receperit) die Bürgen in Frieden lasse (ab aliis absteineat); der Nachsatz „si vero“ behandelt nun den entgegengesetzten

^{q)} System des Pandektenrechtes § 950.

Fall, wo der Schuldner nicht volle Befriedigung gewährt hatte; hier steht dem Gläubiger rücksichtlich des Nichterlangens der Angriff gegen den Bürgen offen; und zwar nicht deshalb, weil die Verpflichtung des Bürgen überhaupt nur in soweit begründet ist, als von dem Schuldner keine Zahlung zu erlangen ist, sondern weil die obligatio des Bürgen durch die nicht erfolgte vollständige Zahlung des Schuldners nicht erloschen ist. Der Proceß gegen den Schuldner hat einen wesentlichen Einfluß auf das Fortbestehen resp. das Erlöschen der Bürgschaftsschuld, nicht auf die Entstehung derselben.

Die Ansicht der oben genannten Rechtslehrer, daß auch nach neuestem römischen Rechte die Verpflichtung des Bürgen ipso jure eine unmittelbare sei, und daß zwischen der fidejussio simplex und der fidejussio indemnitis auch nach heutigem Rechte noch ein Unterschied sei, dürfte sich demnach als die richtige empfehlen ¹⁾.

Wenden wir uns nach erkannter allgemeiner Bedeutung der Nov. 4. zu den speciellen Anordnungen derselben, und suchen erst die Voraussetzungen, dann die Wirkung des beneficii excussionis zu bestimmen. Als Voraussetzung der Vorausklage wird die Anwesenheit des Hauptschuldners genannt;

et si quidem praesentes ei consistant ambo, et principalis et intercessor — — hoc omni servetur modo. Si vero intercessor adsit; principalem vero abesse contigerit, acerbum est, creditorem mittere alio, cum possit mox intercessorem — — exigere.

Die Abwesenheit des Schuldners schließt demnach den Gebrauch des Beneficii aus, wobei jedoch dem Bürgen eine angemessene Frist zur Herbeischaffung des Ersteren gewährt sein soll.

Ist der Schuldner dagegen anwesend, so soll die vorhergängige Ausklagung desselben unter allen Umständen gefordert werden können. Dem strengen Wortlaute nach ginge Justinians Absicht dahin, die Abwesenheit des Schuldners als einzigen Ausschließungsgrund des ben. exc. gelten, alle übrigen Hindernisse

gegen die Belangung aber unberücksichtigt zu lassen. Dieses liegt aber nicht in seinem Willen; er giebt als ratio der sofortigen Beanspruchung des Bürgen für den Fall der Abwesenheit des Schuldners die Härte gegen den Gläubiger an, die darin liegen würde, Diesen, während ihm vom Bürgen rasche (mox) Befriedigung zu Theil werden könnte, zuerst an den Hauptschuldner zu verweisen, gegen den die Rechtsverfolgung, der Abwesenheit wegen, mit Schwierigkeit verbunden ist. Nach eigener Angabe des Kaisers ist daher der Grund des Wegfallens der Vorausklage nicht der specielle Umstand der Abwesenheit, sondern der allgemeine Grund der Schwierigkeit der Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner. In jedem Falle, wo dieser allgemeine Grund des Gesetzes zutrifft, nicht bloß in dem beispielsweise angeführten Falle der Abwesenheit, würde die Verweisung des Gläubigers an den Schuldner eine Härte sein, und zur Vermeidung dieser Härte das ben. exc. versagt werden müssen.

Nach gemeinem Rechte läßt sich sonach die allgemeine Regel aufstellen, daß der Bürge die Vorausklage nicht fordern könne, wenn diese mit zu großen Schwierigkeiten und zu großem Zeitverluste für den Gläubiger verbunden ist.

Von selbst ergibt sich hieraus, daß die exc. ordinis dann umsomehr wegfällt, wenn die Belangung des Hauptschuldners, sei es aus rechtlichen oder factischen Gründen, überhaupt wirkungslos wäre.

Die Hauptausnahmefälle von der Regel, daß der Schuldner vorher auszuklagen, wären demnach folgende:

- 1) Wenn der Hauptschuldner abwesend ist. Da heutzutage die Citation Abwesender, besonders Besitzlicher, nicht immer mit Schwierigkeiten verbunden ist, so wäre die Abwesenheit des Schuldners nicht unbedingt anzunehmen, wenn der Schuldner nicht in demselben Gerichtsbezirke wohnt, gewiß aber, wenn dessen Aufenthaltsort ganz unbekannt ist, in welchem Falle der Gläubiger den zeitraubenden und kostspieligen Weg der Edictal-Citation einschlagen müßte; ebenfalls dann, wenn der Aufenthaltsort des außerhalb des Gerichtsbezirkes befindlichen Schuldners zwar bekannt ist, sich jedoch erwarten läßt, daß die Belangung desselben dem Gläubiger unverhältnißmäßig mehr Zeitverlust und Aufwand ursachen würde, als die Belangung des anwesenden Bürgen.

¹⁾ cf. auch Unterholzner. Lehre von den Schuldverhältnissen, Band II. S. 816.

- 2) Wenn über das Vermögen des Hauptschuldners Concurſus ausgebrochen iſt, da die Verfolgung eines Anſpruches im Concurſe beſchwerlicher iſt, als die Geltendmachung deſſelben gegen einen Abweſenden s).
- 3) Wenn der Gläubiger mit dem Hauptschuldner ein pactum de non petendo in personam auf eine gewiſſe Zeit abgeſchloſſen hat, und dieſe Stundungsfrist noch nicht abgelaufen iſt, der Gläubiger alſo mit ſeiner Klage gegen den Hauptschuldner bis zum Eintritt des verabredeten Zeitpunktes anſtehen müßte, während der Bürge aus jenem an die Perſon des Schuldners gebundenen pactum für ſich keine Einrede entnehmern kann t).
- 4) Wenn der Schuldner ein Moratorium von dem Regenten oder der Majorität ſeiner Gläubiger erhalten hat.
- 5) Wenn er bonis cedirt hat; denn in dieſem Falle kann er nicht eher belangt werden, als bis er wieder einiges Vermögen erworben u).
- 6) Wenn der Schuldner inſolvent iſt; die Klage gegen denſelben wäre ein bloßer Zeitverluſt für den Gläubiger, da ſie nicht zur Befriedigung führen kann.
- 7) Wenn der Gläubiger überhaupt keine Klage gegen den Hauptschuldner hat, wie z. B. in dem Falle, wo die obligatio principalis eine naturalis, alſo bürgerlich nicht klagbare, iſt, wodurch die Klagbarkeit der Bürgſchaft indeß nicht alterirt wird v).

s) cf. Schweppe. System des Concurſes der Gläubiger § 55. auch Sell in der Zeiſchriſt Bd. III., der indeß das Beneficium von dem Umfange und der muthmaſſlichen Dauer des Concurſes abhängig macht, dagegen Thibaut, System § 950., der, unerachtet er die Schwierigkeit der Klage gegen den Schuldner als Ausſchließungsgrund der exc. excussionis anerkennt, dennoch dem Concurſe ſolche Wirkung nicht beilegen will.

t) l. 22. Dig. de pactis (II. 14.) „nisi hoc actum est, ut dumtaxat a reo non petatur, a fidejussore petatur; tunc enim fidejussor exceptione non utetur“.

u) l. 6. Dig. de cess. bo. (42. 3.) Dem Bürgen gebührt die Einrede der Güterabtretung aus der Perſon des Schuldners aber nicht. § 4. Inst. (4. 14.)

v) cf. § 1. Inst. (III. 20.) „at ne illud quidem interest, utrum civilis, an naturalis sit obligatio, cui adjiciatur fidejussor.“
cf. l. 6. § 2. l. 7. Dig. (46. 1.)

- 8) Wenn dem Hauptschuldner gegen die Klage des Gläubigers eine peremptorische Einrede zu Gebote ſteht, deren ſich der Bürge wegen der ſtreng perſönlichen Natur der Einrede nicht bedienen kann, wie z. B. der in personam eingegangene Nachlaßvertrag.

Außer dieſen aus der Nov. 4. und der Natur der Sache hergeleiteten Ausſchließungsgründen der exc. excussionis, deren gemeinſame ratio die Schwierigkeit oder die Unmöglichkeit der Belangung des Schuldners iſt, giebt es noch einige andere Ausnahmefälle.

Hieher gehört:

- 9) Die Entſagung auf die Wohlthat der Vorausklage. Nach allgemeiner Rechtsanſicht liegt ein ſolcher Verzicht bereits in der Clauſel „als Selbſtſchuldner haſten zu wollen“ w). Zwar iſt dieſe Anſicht von einigen Rechtsgelehrten beſtritten worden; Geſterding x) hat dieſe Formel als eine unnütze bezeichnet; denn der Bürge, der ſich als Selbſtſchuldner verbindlich mache, habe ja nicht die Abſicht, die Verbindlichkeit des Hauptschuldners an der Stelle deſſelben zu übernehmen; er wolle nicht den Schuldner frei machen, und ſich an deſſen Stelle ſetzen; dann wäre er nicht mehr Bürge, ſondern Expromittent. Er wolle vielmehr der fremden Verbindlichkeit beitreten, und zwar nicht als Correns, ſondern als Bürge. Verſtehe man die Clauſel aber ſo: „der Bürge wolle haſten, als ob er der Hauptschuldner wäre, er wolle einem Hauptschuldner gleich behandelt werden,“ ſo liege zu ſolcher Auslegung in den Worten kein hinlänglicher Grund, und würde dieſer Sinn mehr als den bloßen Verluſt des beneficium excussionis beweisen. Denn dann müßte der Bürge auch in jeder andern Hinſicht als Hauptschuldner behandelt werden, und ihm alſo der Rückgang zu dem wirklichen Hauptschuldner, wenn er für ihn bezahlt hat, zu verſagen ſein. Es dürfte jedoch die communis opinio über den in jener Formel liegenden Verzicht nicht bloß die in Praxi geltende, ſondern auch theoretisch richtigere ſein. Sie geht von der richtigen Prämiffſe aus, daß die

w) Thibaut. System. Bd. II. § 950. Anmerk. z.

Hofacker. Princ. jur. civ. § 2036.

x) in Band IV. des Archivs für civ. Praxis.

Paciscenten durch Hinzufügung des Wortes „als Selbstschuldner“ irgend eine bestimmte Absicht erkennen lassen wollen, weil nach bekannter Interpretations-Regel nie angenommen werden darf, ein Ausdruck sei umsonst gebraucht worden, am Allerwenigsten aber ein, ein ganzes Rechtsverhältniß bezeichnender Kunstausdruck y).

Es fragt sich nur, welcher Absicht in jenem Worte „Selbstschuldner“ Ausdruck gegeben worden ist. — Wirklicher Selbstschuldner will der Intercedent offenbar nicht werden, er schließt keine Expromission, er will den Hauptschuldner nicht befreien, sondern für ihn als Bürge eintreten; als Bürge will er nun aber zugleich wie ein Selbstschuldner haften. Es kann aber Niemand zugleich Haupt- oder Selbstschuldner und Bürge sein. Bliebe man daher beim strengen Wortlaute stehen, so wäre das ganze Verbürgungsgeschäft wegen innerer wesentlicher Widersprüche ungültig. Es ist aber bekanntlich diejenige Auslegung mehrdeutiger Ausdrücke vorzuziehen, bei welcher das Rechtsgeschäft aufrecht erhalten werden kann z). Es können daher nur einzelne Beziehungen sein, in denen der Intercedent als Selbstschuldner angesehen werden will. Welches sind nun die Beziehungen? Diejenigen Eigenthümlichkeiten eines Selbstschuldners, welche das Wesen der Bürgschaft vernichten würden, bei sich eintreten zu lassen, kann nicht Absicht des Promittenten sein, denn dann wäre er überhaupt nicht Bürge, als welcher er sich ja ausdrücklich qualificirt, sondern Selbstschuldner. Es können diese Beziehungen also nur außerwesentliche sein, die dem Begriffe der Bürgschaft keinen Eintrag thun; eine solche nicht zum Wesen der Bürgschaft gehörige, wol aber bei der gerichtlichen Verfolgung des Bürgen in der Regel eintretende Beziehung, ist die Befugniß desselben, die Vorausklage des Hauptschuldners zu verlangen, welche der Selbstschuldner aber natürlich nicht hat. Dieser Befugniß kann der Bürge entsagen, ohne dadurch seine Eigenschaft als Bürge zu verlieren, ohne Selbstschuldner zu werden. Obgleich wesentlich Bürge, will er in dieser Beziehung gleich einem Selbstschuldner behandelt

y) Boet (ad Dig. 46. tit. 1. § 16.) findet in jener Clausel den Verzicht auf das beneficium excussionis, indem er als Grund anführt: ne verba, specificum quid detonantia, in conventionem otiosa sint ac nihil operentur.

z) l. 8. Dig. 45. 1.

Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quod res qua de agitur in tuto sit.

werden. Ausschluß des beneficium excussionis kann daher nur die Absicht desjenigen Bürgen sein, der wie ein Selbstschuldner haften zu wollen verspricht. — Erwägt man hierzu noch, daß Verzichtleistung auf dieses Beneficium der Bürgen sehr häufig expressis verbis in den Bürgschaftsvertrag aufgenommen zu werden pflegt, so kann man um so weniger anstehen, in jenem, allerdings etwas ungenauen, Ausdrucke nur die eben bezeichnete Absicht zu finden, denn nach l. 114. Dig. de reg. juris (50. 17.) a) soll in einem dunkeln Ausdrucke diejenige Absicht angenommen werden, die der Gewohnheit entspricht.

Diese theoretisch gewiß zu rechtfertigende Deutung der obigen Clauseln ist denn auch in die gemeinrechtliche Praxis, insbesondere die des Reichskammergerichts übergegangen.

cf. Hofacker. § 2036. IV. a.

Dieselbe Bedeutung wie die Verbürgung „als Selbstschuldner“ hat auch die Bezeichnung „als expromissorischer Bürge“ oder „expromissorischer Cavent.“ Auch hier ist keine privative, sondern eine cumulative, aber mit dem Verluste des beneficium excussionis verheindene, Intercession anzunehmen. Gleiche Wirkung hat auch die Entsagung „auf alle Einreden eines Bürgen“ b). Hierunter kann nicht Verlust derjenigen Einreden verstanden sein, die dem Bürgen aus der Person des Hauptschuldners zustehen c), sondern nur derjenigen, die er qua Bürge, im Gegensatz zum Hauptschuldner, hat, mithin unter anderen die Einrede der Vorausklage.

- 10) Das ben. exc. muß auch dann wegfallen, wenn der Bürge selbst die Belangung des Hauptschuldners hintertrieben hat; hier kann der Gläubiger die Einrede der Vorausklage durch die replica doli entkräften d); denn nach allgemeinem Grundsatz wird eine Handlung dann als ge-

a) In obscuris inspicere solet, quod vero similis est, aut quod plerumque fieri solet.

b) Thibaut, System. Bd. II. § 950. Anmerk. z.

c) l. 19. de exc. (44. 1.) Omnes exceptiones, quae reo competunt, sive jussori quoque, etiam invito reo, competunt. cf. § 4. Inst. de repl. (IV. 14.)

d) l. 12. Dig. (44. 4.) Qui acquitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est.

Vorläufige-Entwurf des Reichsrechts.

schehen fingirt, wenn sie von demjenigen verhindert wird, der ein Interesse daran hat, daß sie unterbleibe c).

- 11) Es werden von den Praktikern noch einige Fälle des Wegfalls der Vorausklage genannt, welche jedoch einer gesetzlichen Grundlage entbehren, so z. B. die dolose Ablehnung der Bürgschaft f), die Bekräftigung einer Bürgschaft durch einen promissorischen Eid g), die Verbürgung zwischen Kaufleuten h).

Mit Ausnahme der im Vorhergehenden genannten Fälle kann also der Bürge das ben. excussionis für sich in Anwendung bringen. Er kann es aber nur durch ausdrückliche Berufung auf diese Rechtswohlthat, die er in Form einer Einrede vorzutragen hat. Das Proceß-Stadium für die Einrede ist nach der Vorschrift des J. R. U. § 37. und 38. der für die Einlassung auf die Klage bestimmte Termin. Nach der Litiscontestation ist sie als präcludirt unberücksichtigt zu lassen i).

Hinsichtlich der Beweislast versteht es sich von selbst, daß dem Bürgen, da jeder Excipient nur den thatsächlichen Grund seiner Einrede beweisen muß, das ben. excussionis aber nicht aus einem besonderen, außerhalb der Bürgschaft liegenden facto, sondern aus dieser selbst zufolge Gesetzesvorschrift seine Ent-

e) l. 161. Dig. d. R. J. In jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset.

f) Die hiefür von Hofacker, § 2036. Anmerk. d. bezogene l. 10. § 1. Dig. (46. 1.) erklärt den Verlust der exc. divisionis, nicht den des ben. excussionis als poena infestationis; da diese beiden Beneficien keinesweges identisch sind, eine Strafe aber nur durch ausdrückliches Gesetz begründet wird, so scheint diese Praxis nicht gerechtfertigt.

g) Hofacker, ibid. In der eidlichen Bestärkung der Bürgschaft liegt kein Grund zur Ausschließung des ben. excussionis, denn der Eid kann eine Obligation wol befestigen, nach canonischen Grundsätzen sogar begründen, ändert aber an sich nicht den Inhalt derselben. Der Eid des Bürgen kann intensive, nicht extensive Kraft haben.

h) Obgleich auch hiefür kein gemeinrechtliches Gesetz vorhanden, so spricht für diesen Gebrauch eine allgemeine, in andern Beziehungen z. B. dem Wechselverfahren, gesetzlich anerkannte ratio, nämlich die zur Aufrechterhaltung des Handels nothwendige Begünstigung des Credits der Kaufleute, der am geeignetesten durch rasche, unaufhaltsame Realisirung der im Handelsverkehr entstandenen Rechtsansprüche gefördert wird.

Bei den nicht in Handelsangelegenheiten stattfindenden Bürgschaften der Kaufleute müssen dagegen die allgemeinen Grundsätze über das ben. excussionis Platz greifen.

i) § 37. d. J. R. U. „wie auch, was er dabei dilatorie oder peremptorie einzunwenden haben möchte, alles auf einmal bei Strafe der Präclusion.“

Bayer, Vorträge. S. 323.

stehung erhält, auch nicht die Verpflichtung obliegt zu beweisen, daß in concreto keinerlei Thatumstände vorliegen, welche den Genuß des beneficii ausschließen. Behauptet daher der Kläger, daß der Hauptschuldner abwesend, insolvent sei, oder ein anderer Umstand der Vorausklage entgegen stehe, so hat er den Beweis dessen zu liefern, und muß dem Bürgen der Gegenbeweis offen bleiben. Nicht Anwesenheit, Solvenz, sondern das Factum, daß der Beklagte Bürge ist, und neben ihm ein Hauptschuldner existirt, begründet die Einrede; der Umstand, daß der Hauptschuldner abwesend oder insolvent ist, zerstört sie.

Daß die Einrede der Vorausklage in processualischer Hinsicht keine besondere Wirkung hat, insbesondere nicht Befreiung von der Litiscontestation nach sich zieht, ist bei der Allgemeinheit der Vorschriften der deutschen Reichsgesetze, daß mit allen dilatorischen Einreden eine wenigstens eventuelle Litiscontestation zu verbinden ist, nicht zu bezweifeln. Unterläßt daher der vor dem Schuldner beklagte Bürge, unter Berufung auf die Wohlthat der Vorausklage, die Einlassung an dem festgesetzten peremptorischen Termine, und wird die vorgeschützte Einrede vom Kläger elidirt, so treffen den Bürgen die Folgen des Ungehorsams darin, daß er, wenngleich nun eine negative Streiteinlassung fingirt wird, die übrigen und zwar peremptorischen Einreden in der Hauptsache selbst nicht weiter anbringen darf j).

Die materielle Wirkung der exceptio excussionis endlich besteht darin, daß der Kläger zur Zeit mit seiner Klage abgewiesen wird, und der Bürge nicht eher wieder in Anspruch genommen werden darf, als bis der Gläubiger den Hauptschuldner beklagt, aber keine vollständige Befriedigung erhalten hat. Ist der Proceß mit dem Hauptschuldner durchgeführt, ohne daß der Gläubiger das Seinige erhalten, dann kann der Bürge abermals und mit Erfolg belangt werden k). Sie ist daher eine dilatorische Einrede k'): sie zerstört nicht das Klagegerecht des Gläubigers, sondern suspendirt es. Zwar kann sie mittelbar auch eine definitiv befreiende Wirkung für den Bürgen haben, wenn nämlich der hinterher belangte Hauptschuldner Zahlung leistet, woher sie denn auch von Einigen zu den gemischten Einreden gerechnet wird. Doch ist Liberation des

j) Bayer. S. 379 und 380.

k') Nov. 4. Cap. 1.

k'') Hofacker. § 2036.

Bürgen dann nicht Wirkung der Einrede, sondern der Zahlung, resp. der Befriedigung des Gläubigers ¹⁾).

Schließlich ist noch eine Frage zu berühren, die mit dem in Nov. 4. eingeführten ben. excussionis im Connege steht. Kann nämlich der Bürge aus der Nachlässigkeit des Gläubigers in der Beitreibung der Schuld von dem Hauptschuldner eine Einrede entnehmen, also sich befreit erachten, wenn der Gläubiger es sich selbst zuzuschreiben hat, daß ihm von dem Hauptschuldner keine Befriedigung zu Theil werden kann? So z. B. dann, wenn der Gläubiger in dem Angabetermin des Concurſes über das Vermögen des Schuldners seine Forderung nicht angemeldet hat, und daher von der Concurſmasse präcludirt worden, oder wenn der Schuldner während des grundlosen Zauderns insolvent geworden ist? Vangerow ^{m)} und Andere ⁿ⁾ bejahen das, da nach der Nov. 4. die Verbindlichkeit des Bürgen eine stillschweigend bedingte, und nur in soweit begründet sei, als der Gläubiger von dem Schuldner nichts zu erlangen im Stande gewesen ist. Habe daher der Gläubiger die Möglichkeit gehabt, von dem Schuldner befriedigt zu werden, solche aber schuldvollerweise nicht wahrgenommen, so sei die Bedingung der Bürgschaftspflicht, nämlich Unmöglichkeit der Befriedigung durch den Hauptschuldner, als deficient zu betrachten, und der Bürge frei, wie solches in l. 41. Dig. de mand. et fidej. ausgesprochen sei. — Es ist aber bereits oben (Seite 42) ausgeführt, daß die Nov. 4. das Wesen und den Inhalt der Bürgschaft nicht geändert, sondern nur eine Abweichung in der gerichtlichen Verfolgung des principalen und accessorischen Schuldners eingeführt habe. Der materielle Gehalt ist auch in dem neuesten römischen Rechte derselben geblieben; die einfache Verbürgung von der Indemnitätsbürgschaft wesentlich verschieden. Aus diesem Grunde ist denn auch die Bestimmung der l. 41. o), die von der Indemnitätsbürgschaft handelt, auf den Fall der einfachen Bürgschaft nicht anwendbar. Schlagend in Bezug auf die hier aufgeworfene und für das heutige Recht practische Frage ist dagegen l. 62. Dig. (46. 1.):

¹⁾ cf. Bayer. § 325.

^{m)} Band III. S. 143.

ⁿ⁾ Weber, Gönner.

^{o)} Si fidejussores in id accepti sunt, quod a curatore servari non possit, et post impletam legitimam aetatem ab ipso curatore, quam ab haeredibus ejus solidum servari potuit, et cessante eo, qui pupillus fuit, solvendo esse desierit, non temere utilem in fidejussores actionem competere.

Si fidejussor creditori denuntiaverit, ut debitorem ad solvendam pecuniam compelleret, vel pignus distraheret, isque cessaverit, an possit eum fidejussor doli mali exceptione summovere? Respondit non posse?

Sogar dann, wenn der Bürge den Gläubiger zur Belangung des Hauptschuldners erinnert hat, soll er aus dem Zögern desselben, für sich keine Einrede ableiten. Um so weniger daher, wenn nicht einmal eine solche Erinnerung zur Klageanstellung ergangen ist.

Ist die obligatio fidejussoria demnach durch die Unmöglichkeit der Befriedigung aus dem Vermögen des Hauptschuldners keinesweges bedingt, so sucht man vergeblich nach einem Rechtsgrunde für die Befreiung des Bürgen durch die Unterlassung des Creditors in Bezug auf gerichtliche Verfolgung des Hauptschuldners. Soll diese den Bürgen liberiren, so müßte dem Gläubiger die positive Pflicht der rechtzeitigen Ergreifung von Maßregeln gegen den Schuldner obliegen; denn nur da, wo eine Pflicht zu einer positiven Thätigkeit begründet ist, kann die Unterlassung derselben als Schuld angerechnet werden, und rechtliche Nachtheile für den Omittenten erzeugen. Eine solche Verpflichtung wird durch das ben. excussionis keinesweges eingeführt; dieses beschränkt nur das Klagerrecht des Gläubigers, und bewirkt nur temporaire, nie definitive Befreiung. Das ben. excussionis ist eine Ausnahme von der Regel, eine Wohlthat, die nicht über die vom Gesetzgeber gesteckten Grenzen ausgedehnt werden darf ^{p)}. Die Verpflichtung zur positiven Thätigkeit, zur Diligenz des Creditors gegenüber dem Schuldner, widerspricht auch schon den allgemeinen Rechten eines Gläubigers. Dieser kann nicht verpflichtet werden, innerhalb bestimmter Zeit von seinem Klagerrechte Gebrauch zu machen. — Von einer culpa oder negligentia in exigendo des Gläubigers kann daher, dem Bürgen gegenüber, nicht die Rede sein.

Man hat darin besonders einen Grund für die Befreiung des Bürgen zu finden vermeint, daß ihm die Entschädigungsfrage gegen den Hauptschuldner durch die Zögerungen des Gläubigers vereitelt werde, indem der Bürge, wenn

^{p)} cf. Unterholzner. II. 816. Anmerk. c. S. 820.
Jäger, Zeitschrift für Civilrecht. Bd. V. S. 234.

die Klage früher angestellt worden wäre, sich von dem damals noch solventen Hauptschuldner den Ersatz hätte holen können. Abgesehen davon aber, daß die Rechtsbeziehungen des Bürgen zum Gläubiger nur nach dem zwischen ihnen bestehenden Obligationenexus, nicht aber nach dem Rechtsverhältnisse des Bürgen zum Hauptschuldner, zu bestimmen sind, stehen jenem Argumente außer der schlagenden *lex 62. Dig. (46. 1.)* noch andere Rechtsgründe entgegen. Wenn gleich nämlich der Bürge erst nach geschehener Zahlung, kraft des zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehenden Mandats- oder sonstigen Rechtsverhältnisses, von dem Letzteren Ersatz verlangen kann, so ist er doch nicht vor der Zahlung flaglos gegen den Schuldner. Eine Menge klarer Gesetze stimmen darin überein, daß, wenn der Gläubiger gegen den Schuldner zu verfahren zögert, und der Bürge daher befürchten muß, in Nachtheil zu gerathen, der Bürge auch vor der Zahlung, ja sogar vor der Belangung, das Recht hat, von sich aus gegen den Schuldner zu klagen, daß er zahle und ihn, den Bürgen, befreie ^{q)}. Hieraus ist ersichtlich, daß die Verbindlichkeit des Bürgen fort dauert, und dieser selbst darauf bedacht sein muß, sich gegen die, aus der Saumseligkeit der Hauptinteressenten ihm drohende, Gefahr zu decken. Unterläßt er es nun, zur gehörigen Zeit die ihm zustehenden Sicherheitsmaaßregeln gegen den Schuldner zu ergreifen, so hat er die aus der später eingetretenen Insolvenz desselben, oder aus andern Gründen entstandene, Unmöglichkeit der Schadloshaltung sich selbst beizumessen, und kann daraus, daß auch der Gläubiger den geeigneten Augenblick zur Belangung des Schuldners verfehlte, für sich keine Rechte ableiten.

Der Bürge hat ferner das Recht, den Gläubiger zur Klage gegen den Schuldner zu provociren ^{r)}; durch dieses Rechtsmittel kann er sich die Aufrechterhaltung aller derjenigen Schutzrechte bewahren, die ihm aus der rechtzeitigen Verfolgung des Hauptschuldners erwachsen; ergreift er dieses ihm dargebotene Mittel nicht, so hat er den, durch die verspätete Belangung des Hauptschuldners entstandenen, Verlust dieser Rechte seiner eigenen Saumseligkeit zuzuschreiben.

q) cf. l. 38. § 1. Dig. mandati. (17. 1.)

l. 45. Dig. de mandat. (46. 1.)

Cap. ult. X. de fidejus. (3. 22.)

„cum, pro quo te fidejussorem obligasti, si diu in debiti solutione cessavit, aut dissipare bona sua coepit, seu super hoc condemnatus fuisti, jure poteris convenire, ut te a fidejussione debeat liberare.“

r) *Thibaut.* § 953.

B. Aurländisches Recht.

Aurl. Stat. § 125. Piltensche Statuten § 4. Mit. P. D. Tit. 41.

Die oben dargestellten gemeinrechtlichen Grundsätze in Betreff der Haftung des Bürgen neben dem Hauptschuldner finden wir nun, wenn zwar nur in allgemeinen Umrissen, im aurländischen Rechte wieder.

Der § 125 Stat. *Curlandicorum* lautet:

Executi tamen debitores prius debent, quam ad fidejussores deveniatur, nisi huic beneficio renuntiaverint, aut debitor adeo sit potens, ut a creditore excuti non possit, quo casu fidejussores non immerito confestim sine compellatione principalis conveniendi sunt.

Uebereinstimmend hiemit die Piltenschen Stat. § 4.

Wenn der Bürge sich der Rechtswohltthat, daß der Gläubiger zuvor den Prinzipalschuldner executiren soll, nicht ausdrücklich begeben, so hat er auch derselben zu genießen.

Ferner die Mit. P. D. Tit. 41.

„Damit der Kaufmannsglaube unter Kaufleuten desto besser erhalten, und der Kaufmannshandel befördert werde, wollen Wir, daß wenn zwei Kaufleute mit einander auf Credit und Glauben handeln, und der Eine dem Andern einen Kaufmann zum Bürgen setzt, der Gläubiger nicht schuldig sein soll, den Prinzipalschuldner erstlich zu besprechen, und von demselben seine Zahlung fordern möge. Unter andern Personen aber soll das *beneficium excussionis* oder *ordinis*, den Prinzipal erst auszufragen, ehe man den Bürgen bespreche, Raum und Statt behalten. Würde man sich aber für einen Andern, als einen Selbstschuldner verobligiren, oder sich des *beneficii excussionis* begeben, derselbe, er sei Kaufmann oder nicht, soll gedachtes *beneficium* nicht zu genießen haben.“

„*Executi tamen debitores prius debent, quam ad fidejussores deveniatur.*“

In diesen Worten gewähren die Statuten dem Bürgen das *beneficium excussionis*. Bevor man die Bürgen in Anspruch nimmt, soll man den Hauptschuldner belangen. Das Wort „*deveniatur*“, — ähnlich dem Ausdrucke der Nov. 4. Cap. 1. „*ad fidejussorem veniat*“ und „*non prius adversus*

fidejussorem accedat“ —, weist darauf hin, daß hier von einer gerichtlichen Beanspruchung des Bürgen die Rede ist. Die vorhergängige Ausladung des Hauptschuldners liegt daher nicht in dem Wesen der Bürgschaftspflicht selbst, sondern tritt erst beim gerichtlichen Angriffe des Bürgen in Erwägung. Sie ist nicht eine stillschweigende Bedingung der Verbindlichkeit des Bürgen, dieser ist nicht schon an sich erst in subsidium verpflichtet, und ein Angriff des Bürgen vor dem Schuldner schlechthin rechtswidrig, sondern er haftet nach dem Inhalte seines Vertrages unmittelbar, unabhängig von der Person des Hauptschuldners; erst wenn er gerichtlich belangt wird, kann er sich gegen die Wirksamkeit seiner strengen Verbindlichkeit durch Berufung auf die der Billigkeit angemessene Vorausklage des Hauptschuldners schützen. — Das kurländische Landrecht kennt demnach den Unterschied zwischen der einfachen Verbürgung und der fidejussio indemnitatis, wie das römische Recht. Es könnte zwar scheinen, daß der Ausdruck „debet“ eine absolute Verpflichtung des Gläubigers zur Vorausklage des Schuldners anerkenne, so daß es nicht erst einer Einrede von Seiten des Bürgen bedürfte, um den Angriff des Klägers zurückzuweisen. Diese Annahme wird indeß durch die gleich folgende Bezeichnung der Vorausklage als eines beneficii widerlegt. Es ist die Vorausklage eine aus der Aequitas fließende Wohlthat des Bürgen, und daraus, daß sie eine solche ist, folgt einerseits, daß sie den Grundsätzen des strengen Rechtes fremd ist, und andererseits, daß sie nur durch ausdrückliche Berufung des Bürgen auf dem Wege der Einrede Wirksamkeit erhält.

Gleichmäßig bezeichnen auch die Piltenschen Statuten die Vorausklage als eine „Rechtswohlthat“; eben so die Mit. P. D., in der besonders die Worte „ehe man den Bürgen bespreche“ die Auffassung bestärken, daß das ben. excussionis nur die Klage gegen den Bürgen aufschiebt, nicht die obligatio desselben bedingt. Es quadriert also das kurl. Recht mit dem gemeinen Rechte in der Auffassung des beneficii excussionis.

Wenden wir uns nun weiter zu den Ausnahmefällen von der allgemeinen Regel der Vorausklage. Diese führen die Statuten auf in den Worten:

„Nisi huic beneficio renuntiaverint, aut debitor adeo sit potens, ut a creditore executi non possit.“

Nur zwei Ausnahmen werden genannt, erstlich der Verzicht auf die Einrede, zweitens die Macht des Hauptschuldners.

1) Der Verzicht. Die nähere Angabe über die Beschaffenheit des Verzichtes fehlt. Daher gilt der gemeinrechtliche Grundsatz, daß ein Verzicht nicht zu vermuthen ist, sondern nur dann angenommen werden kann, wenn eine völlig unzweifelhafte Willensäußerung des Renuntianten vorliegt. Dieser Wille braucht aber nicht in bestimmte Worte gekleidet zu werden; sondern es genügt jede Erklärung des Bürgen, aus welcher mit Gewißheit geschlossen werden kann, daß er dem ihm zuständigen beneficio ordinis zu Gunsten des Gläubigers entsage. In diesem Sinne ist denn auch das „ausdrücklich begeben“ der Piltenschen Statuten aufzufassen. Es bildet den Gegensatz zu der bloß stillschweigenden, aus Handlungen mittelst Schlußfolgerung erkennbaren, Willensäußerung; diese genügt nicht; die Absicht muß aus dem Wortausdrucke unmittelbar hervorleuchten. Die freie Wahl des Ausdruckes ist aber nicht benommen. Sonach wird denn auch, wie nach gemeinrechtlicher Theorie, eine Begebung auf das ben. excussionis in der Erklärung „als Selbstschuldner zu haften,“ oder in den Ausdrücken „expromissorischer Cavent,“ oder „expromissorischer Bürge“ angenommen werden müssen.

Dem ersteren Ausdrucke wird auch in der Mit. P. D. Tit. 41 ausdrücklich diese Wirkung beigelegt:

„Würde man sich aber für einen, als einen Selbstschuldner, verobligiren, oder sich des beneficii excussionis begeben, derselbe er sei Kaufmann oder nicht, soll gedachtes Beneficium nicht zu genießen haben.“

Die beiden letzteren Formeln aber ziehen nach einem Patente der kurländischen Gouvernements-Regierung vom 12. September 1830 N. 7735, den Verlust des beneficii excussionis nach sich.

Es lautet:

„Die kurländische Gouvernements-Regierung hat aus mehreren Verhandlungen zu ersehen Gelegenheit gehabt, daß nicht selten Beklagte, nachdem sie sich als expromissorische Bürgen für einen Hauptschuldner verpflichtet haben, bei dem gegen sie vom Creditor direct eingeleiteten Executionsverfahren die exceptio ordinis vorschützen, und die Meinung vorbringen, als wenn bei einer expromissorischen Bürgschaft, ohne besondere Entsagung der vorbemerkten Einrede, der Hauptschuldner zuvor in Anspruch genommen werden müsse, und nur

bei dessen Insolvenz für sie eine Verhaftung eintrete. Da jedoch nach gemeinrechtlichen Grundsätzen die Expromission nichts anders ist, als wenn Jemand die Verbindlichkeit eines Schuldners schlechthin und nicht subsidiarisch übernimmt, womit zugleich in gewissen Fällen eine Novation in der Verbindlichkeit des Schuldners entstehen kann, mithin der Expromissor ein Selbstschuldner ist, dem die den Bürgen zuständige Einrede der Ordnung nicht zu Statten kommt, und folglich eine expromissorische Cautio, wenn dem Beiworte ein rechtlicher Sinn gegeben werden soll, eine Bürgschaft bedeutet, bei der der Bürge zugleich als Expromissor sich verpflichtet hat, und in dieser Qualität nicht diejenigen Rechtswohlthaten benutzen kann, die nur dem Bürgen, welcher nicht gleichzeitig eine expromissorische Verpflichtung übernommen hat, zustehen; endlich aber eine genaue Betrachtung des täglichen Verkehrs in Geldgeschäften die sichere Ueberzeugung giebt, daß Jeder, der eine expromissorische Bürgschaft eingetretet oder annimmt, dadurch die gewöhnliche, durch die Einrede der Ordnung bekanntermaßen beschränkte Cautio, derartig zu verstärken meint, daß nunmehr, mit Uebergehung des Hauptschuldners, der sich expromissorisch verpflichtet habende Cautio in Anspruch genommen werden kann; so ist die Einrede der Ordnung von denjenigen Personen, die sich als expromissorische Bürgen verbindlich gemacht hatten, ohne noch besonders dieser Einrede entsagt zu haben, auch von der Kurländischen Gouvernements-Regierung zurückgewiesen worden, und hat dieser rechtliche Grundsatz, bei Gelegenheit einer dagegen geführten Querel, durch den Ukas eines Dirigirenden Senats vom 20. Januar d. J. die volle Bestätigung erhalten, durch welchen ausdrücklich festgesetzt ist, daß der expromissorische Bürge sich eben so verhaftet habe, wie der Schuldner selbst, und derselbe mithin nicht für einen gewöhnlichen Bürgen angesehen werden kann, der nur dann zahlen muß, wenn der Schuldner zahlungsunfähig erscheint.“

„Damit nun alle Diejenigen, welche künftighin Bürgschaftsverhältnisse eingehen, von Neuem auf die Folgen aufmerksam gemacht werden, welche daraus entstehen, wenn sie ihre Bürgschaft durch eine Expromission verstärken, und sich als expromissorische Bürgen verhaften, damit ferner allen unnöthigen Einreden in den hieselbst zur Verhandlung

kommenden Sachen gegen expromissorische Bürgen vorgebeugt, und dadurch die Proceßkosten als Folge derartiger nicht statthafter Einreden vermieden werden; so hat die Kurländische Gouvernements-Regierung es für nöthig erachtet, mittelst vorliegenden Patenten zur allgemeinen Wissenschaft und Nachachtung zu bringen: daß, so oft Jemand die Schuld eines Andern als expromissorischer Bürge unterschrieben haben wird, gegen ihn, auf desfallige Klage, wie gegen den Hauptschuldner dergestalt verfahren werden soll, daß die etwa opponirte Einrede der Ordnung, mit Zurechnung der Kosten, in allen liquiden Schuldsforderungssachen, wie bisher, zurückgewiesen werden wird.“

Obgleich diesem Patente der Gouvernements-Regierung nun allerdings nicht Gesetzeskraft innewohnt, da solcher Behörde keine legislative Gewalt zusteht ^{s)}, so enthält es dennoch ein wichtiges Zeugniß der für die liquiden Schuldsforderungssachen competenten obersten Gouvernements-Behörde über die in Kurland geltende Praxis hinsichtlich der Wirkung der expromissorischen Verbürgung. Der im Patente entwickelte, auch vom Dirigirenden Senate in einzelnen Fällen ausgesprochene Grundsatz wird daher, als mit der gemeinrechtlichen Praxis und mit der rechtlichen Natur der Sache übereinstimmend, Anwendung finden müssen. (cf. Seite 48 u. 49.)

2) Der zweite in den kurl. Statuten genannte Ausnahmefall ist der der *potentia* des Hauptschuldners. Wenn der Hauptschuldner so mächtig ist, daß er nicht gerichtlich verfolgt werden kann, dann soll der Bürge das *ben. exc.* nicht haben.

Was hier unter der *potentia* zu verstehen sei, darüber findet man in dem Gesetze dann keine nähere Auskunft, wenn man den Nachsatz „*ut a creditore executi non possit*“ als Wirkung der *potentia* ansieht. In solchem Falle wäre man genöthigt, ein besonderes durch staatsbürgerliche Stellung, Würde und Amt begründetes persönliches Ansehen des Hauptschuldners anzunehmen, welches ihn gegen eine gerichtliche Verfolgung schütze. — Ein solcher Sinn kann aber

^{s)} Die Gouvernements-Regierung handelt hier ähnlich dem römischen Praetor, der auch keine legislative Gewalt, wol aber das *jus edicendi*, d. h. die Befugniß hatte, die Art und Weise seiner Handhabung des bestehenden Rechtes für die Zeit seiner Amtsdauer im Voraus zur allgemeinen Kunde zu bringen.

hier füglich nicht angenommen werden, da heutzutage, gleich wie zur Zeit der Promulgation der Statuten, Jedermann ohne Ansehen der Person in privatrechtlicher Beziehung unter seinem Richter steht, und selbst gegen die höchststehenden Rechtssubjecte, den Fiskus und die Kirche, eine Rechtsverfolgung weder unmöglich, noch auch erschwert ist.

Es bleibt also nur übrig, in der besonderen Beschaffenheit des zwischen Gläubiger und Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnisses selbst den Grund der Sicherstellung des Letzteren gegen die Klage des Ersteren zu suchen. In denjenigen Fällen, wo überhaupt kein Klagerecht gegen den Schuldner begründet ist, wie z. B. dann, wenn die obligatio principalis eine bloß naturale ist, wie in denen, wo das Klagerecht durch eine exceptio zerstört oder suspendirt werden kann, wie z. B. wenn ein in personam eingegangener Erlaßvertrag vorliegt, ist der Schuldner gegen den Angriff des Gläubigers sicher, geschützt. Hier kann man von einer Ueberlegenheit desselben, von seiner Macht reden, denn, obgleich an sich zu einer Leistung verbunden, ist er dennoch gegen eine Verfolgung auf dem Wege der Klage gedeckt. Die Worte „ut a creditore executi non possit“ dürften also nicht die Bestimmung haben, die Wirkung der vorhergehenden „debitor adeo sit potens“ anzugeben, sondern die, den Sinn des Wortes potens zu erläutern. Potens wäre demnach derjenige, qui executi non potest. Nicht weil der Schuldner mächtig ist, kann er nicht belangt werden, sondern umgekehrt, weil er nicht belangt werden kann, ist er mächtig.

Daß die potentia des Hauptschuldners, in dem Sinne einer persönlichen Ueberlegenheit, keinen selbstständigen Ausschließungsgrund der exceptio ordinis bildet, geht auch aus der Wortfassung „adeo ut“ hervor. Nicht die Macht an sich, sondern nur derjenige Grad derselben, der Unmöglichkeit der Klage zur Folge hat, schließt das Beneficium aus. Ratio des Wegfallens dieses letzteren ist also offenbar die Unmöglichkeit der Klage. Diese Erklärung des Paragraphen empfiehlt sich nicht bloß darum, weil sie nicht von einer, gegen das Grundgesetz jeder Rechtspflege verstoßenden Prämisse, als entscheide vor dem Richter das Ansehen der Person, ausgehet, sondern weil sie mit dem aus der Nov. 4 erkannten gemeinrechtlichen Grundsatz, daß jede Unmöglichkeit der Belangung des Hauptschuldners den Genuß des beneficium excussionis versage, in Uebereinstimmung steht. (cf. Seite 45.)

Obgleich nun der § 125 nur der Unmöglichkeit der Klage gedenkt, so wird dennoch in Gemäßheit der in der Nov. 4. Cap. 1 ausgesprochenen ratio, nämlich Schonung des Bürgen, ohne Härte gegen den Gläubiger, auch in Kurland das Beneficium überall da zu versagen sein, wo die Verfolgung des Hauptschuldners, wenn auch nicht rechtlich unmöglich, so doch aus factischen Gründen entweder effectlos oder mit zu großem Zeitverluste und mit Schwierigkeiten für den Gläubiger verbunden sein würde. — Eine solche Beziehung auf einen voraussichtlichen Erfolg des Processus gegen den Hauptschuldner, liegt auch in dem vom Gesetze gebrauchten Ausdrucke „executi.“ Die Möglichkeit der bloßen Belangung des Hauptschuldners genügt nicht; es muß Aussicht auf eine erfolgreiche, d. h. zur wirklichen Befriedigung führende Rechtsverfolgung, auf eine petitio cum effectu vorhanden sein.

Nach dem Vorhergehenden werden sonach alle oben (S. 45 — 47) angegebenen gemeinrechtlichen Ausnahmefälle auch für Kurland anwendbar sein.

Die Piltenschen Statuten erwähnen nur des Verzichtes als Ausschließungsgrundes; doch gilt das eben Gesagte auch für Piltten; ebenso für das Stadtrecht.

Speciell wird in der Mitauschen Polizeiordnung noch des Wegfalls des Beneficii bei Bürgschaften der Kaufleute gedacht, und hiedurch der gemeinrechtliche Gebrauch (cf. S. 50) in einen positiven Rechtsatz verwandelt. Ausdrücklich hervorgehoben ist als Zweck dieser Vorschrift Beförderung des Kaufmannshandels; daher müssen denn alle drei bei der Bürgschaft concurrirenden Interessenten, Gläubiger, Hauptschuldner und Bürgen Kaufleute sein, und wird als Gegenstand der Obligation ein Handelsgeschäft vorausgesetzt: „wenn zwei Kaufleute mit einander auf Credit und Glauben handeln, und der eine dem andern einen Kaufmann zum Bürgen setzt.“

Der Text des § 125 der kurl. Statuten fährt fort:

„quo casu fidejussores non immerito confestim sine compellatione Principalis conveniendi sunt.“

In dem Falle, wo das Beneficium ausgeschlossen ist, können die Bürgen nicht unbillig sofort, ohne vorläufige Belangung des Hauptschuldners, ausgeladen werden. Hierin liegt nun zugleich eine Bestätigung dessen, daß an sich die Verbindlichkeit der Bürgen keine subsidiarische (cf. S. 56) sondern eine directe ist, die erst durch den Gebrauch des Beneficii in eine subsidiarische verwandelt

wird; denn der Wegfall einer Wohlthat, einer Einrede, begründet nicht eine Klage (cf. S. 31). Auch das Wort „non immerito“ d. h. nicht unverdienter, nicht unbilliger Weise, scheint darauf hinzudeuten, daß das ben. ordinis nur auf der aequitas beruhe, und daß der Ausschluß desselben das strenge Recht, die sofortige Verfolgung des Bürgen, zur Anwendung kommen lasse.

Die Wirkung des ben. excussionis muß nun per argumentum a contrario dahin bestimmt werden, daß der Bürge nicht „confestim“ sondern erst „post compellationem Principalis“ belangt werden könne. Dies ist auch bereits in dem ersten Satze des Paragraphen in den Worten „prius quam ad fidejussores deveniatur“ ausgesprochen. Das Beneficium hat daher bloß eine dilatorische, keine peremptorische Wirkung; nach erfolgloser Belangung des Hauptschuldners, ist der Rückgriff auf den Bürgen gestattet ^{u)}. Unter der compellatio ist aber nicht etwa eine außergerichtliche Mahnung, sondern eine gerichtliche Belangung zu verstehen. Das geht aus dem im Eingange des Paragraphen gebrauchten Ausdrucke „executi“, sowie aus den Worten der Piltenschen Statuten: „daß der Gläubiger zuvor den Prinzipalschuldner executiren soll,“ und denen der Mit. P. D. „den Prinzipal erst auszuklagen,“ hervor. Für die außergerichtliche Mahnung wird in der Rechtssprache der Ausdruck „interpellatio“ gebraucht. Somit herrscht denn in materieller Beziehung volle Uebereinstimmung der provincialrechtlichen Gesetzesvorschriften über das ben. excussionis mit den gemeinrechtlichen.

Was endlich das Processualische dieser Einrede betrifft, so befreien zwar auch nach kurl. Rechte die dilatorischen Einreden nicht von der Litiscontestation; vielmehr schreiben die kurl. Statuten § 21 vor, daß alle Einreden, sowohl die gerichtsablehnenden und dilatorischen, als auch die peremptorischen, im ersten Termine vorgetragen werden müssen; doch ist die Praxis, unerachtet einer wiederholten Einschärfung dieses Gebotes durch die Commis Decis. de Anno 1717 ad desid. 11., in dieser Beziehung gelinder als die Gesetze,

^{u)} Wenn im Instruct. P. I. T. I. § 29. zu den anomalen Einreden „welche aliquando dilatoriae, aliquando peremptoriae naturam induunt,“ die Einrede der Ordnung gezählt wird, so ist dieses dieselbe ungenaue Bezeichnung, die in der gemeinrechtlichen Theorie den Namen der gemischten Einreden trägt (cf. S. 51.).

cf. P. I. T. I. § 19 Instructorii

und wird insbesondere eine Verbindung der Litiscontestation mit der exceptio ordinis nach § 29 und 30 ibidem nicht verlangt. Dagegen ist, wie nach gemeinem Recht (cf. S. 50), nach der Litiscontestation die Vorschüßung der Ordnungseinrede nicht gestattet; mit der Vornahme der ersteren ist die letztere präcludirt cf. § 30 Instruct. ibidem.

In Betreff der eben berührten Frage, ob die Saumseligkeit des Gläubigers in der Verfolgung des Hauptschuldners den Bürgen befreie, so huldigt auch die kurl. Praxis der verneinenden Ansicht.

In dem Oberhofgerichtlichen Urtheile vom 15. December 1844 in Klagesachen des U. G. Stavenhagen gegen die Apotheker Walterschen Erben heißt es:

„Die hier zu beantwortende Frage bestimmt sich aber näher dahin: ob dem Gläubiger, dem ein öffentliches Pfandrecht in zwei Hypotheken (nämlich der des Hauptschuldners und der des Bürgen) so constituirte war, daß es ihm überlassen blieb, auf welche von beiden er es durch das dazu führende Mittel der Corroboration bethätigen wolle, die exceptio doli entgegenstehe, wenn er nur in einer derselben die Deffentlichkeit seiner Forderung begründet? Daß es den creditores in casu frei gegeben war, corroboriren zu lassen, wo sie wollten, bezeugen die Schlußworte des Contractes, und darnach schon kann es ihnen nicht zum Nachtheil angerechnet werden, daß sie sich der ihnen gestatteten Wahl bedienten, indem sie nur für ihre Sicherheit zu sorgen hatten, und diese satfam vorgesehen fanden, wenn die Corroboration auf das von den Bürgen verpfändete nomen geschah. Andererseits setzt in casu die exceptio doli den Fall voraus, daß die Creditoren ihre Befriedigung verlangt, obgleich sie durch ihre eigene Handlung solche vereitelt, so daß sie ihr eigenes Factum angreifen müßten: das ist nun in Beziehung auf das verpfändete nomen gar nicht zu sagen, und in Beziehung auf die in dem Vermögen des Hauptschuldners verloren gegangene Proprietät“ — (das von dem Hauptschuldner in seinem Grundstücke constituirte Pfandrecht war nämlich von dem Gläubiger nicht corroborirt, und dieses Grundstück mit andern corroborirten Schulden über den Werth belastet worden, so daß eine Befriedigung aus dem Vermögen des Hauptschuldners nicht möglich war) — „steht ihnen“

- „1) die replica paeli, wonach es ihnen frei stand auf die Erlangung jener zu verzichten, — und demgemäß“
- „2) soviel zur Seite, daß der Bürge im Geringsten nicht abgehalten wird, auch seinerseits Sicherheitsmaaßregeln gegen den Schuldner zu nehmen, oder den Gläubiger zum Klagen zu provociren. Ebenso wie demnach Citatin, (die Eine der Bürgen) gegen den Schuldner auf Zahlung dringen konnte, ebenso konnte sie auch die Corroboration des Schuldbriefes rechtlich bewirken, und da sie solches nicht gethan, so können sie ohne inneren Widerspruch auch ihre eigenen Unterlassungen dem ohnehin freieren Creditor nicht anrechnen, und die Folgen nur auf ihn wälzen wollen. l. 38 § 1. D. (17. 1.) l. 10. Cod. eod. (4. 35.)“

Dritter Abschnitt.

Rechtsbeziehungen des Bürgen zum Hauptschuldner, und der Mitbürgen unter einander. (Schadloshaltung.)

A. Römisches Recht.

Wichtig ist die Frage über den Anspruch des Bürgen auf Ersatz derjenigen Verluste, welche ihm die Bürgschaft verursacht. Nach zweifacher Richtung macht sich diese Frage geltend. Erstens, kann unter mehreren Bürgen Derjenige, der das Ganze gezahlt hat, von seinen Mitbürgen die Erstattung ihrer Antheile verlangen, und zweitens, hat der Bürge gegen den Hauptschuldner ein Regreßrecht? —

Daß die Grundsätze der Billigkeit im ersten Falle die gleiche Vertheilung der Bürgschaftslasten auf alle gleichmäßig verpflichteten Mitbürgen, und folglich Erstattung der resp. Antheile an den gezahlt habenden Bürgen verlangen, im zweiten Falle aber einen Regreß an den Prinzipalschuldner, für den der Bürge sich mit einer Obligation beschwerte, erheischen, ist gewiß. Auch spricht die aus dem natürlichen in das positive Recht übergegangene allgemeine Regel, daß Niemand sich mit dem Schaden eines Andern bereichern solle v), für die Bejahung der obigen Frage. Doch ist jene Rechtsregel eine zu allgemeine und dehnbare, um ein selbstständiges, positivrechtliches Fundament der in Rede stehenden Ansprüche bilden zu können. Eine sichere Entscheidung läßt sich nur aus dem Wesen der Bürgschaft und bestimmten Aussprüchen der Rechtsquellen gewinnen.

1. Regreß gegen die Mitbürgen.

Für die Gewährung des Regresses gegen die Mitbürgen, kann aus dem Wesen des, durch die gemeinschaftliche Verbürgung hervorgerufenen Correalschuldverhältnisses kein Grund entnommen werden. Jeder der Mitbürgen macht sich dem Gläubiger für die Erfüllung der Schuld in soli-

v) l. 206. de Reg. J. (50. 17.)

Vorläufige Pauc's Rechtsbest.

dum verbindlich; der gesetzliche Zweck der Verbürgung ist nur Sicherstellung des Gläubigers. Unter den Bürgen selbst wird durch die Verbürgung kein Rechtsverhältnis hergestellt. Der von Savigny für den Regreß bei der principalen Correalobligation hervorgehobene Gesichtspunkt der negotiorum gestio und des Mandates, — indem der einzelne correus debendi nicht ausschließlich im eigenen, sondern auch im Interesse der Uebrigen die Schuld übernehme, — paßt auf das Verhältnis der Mitbürgen nicht, da der Einzelne nicht im Interesse der Mitbürgen, sondern des Hauptschuldners sich obligirt.

Wie nun in der Verbürgung selbst kein Rechtsgrund für ein Forderungsrecht des Einzelnen gegen die Mitbürgen enthalten ist, so auch nicht in der Zahlung des Ganzen durch den Einen. Durch diese erfüllt er nur seine eigene Verbindlichkeit; freilich zerstört er auch die Obligation der Mitbürgen, und befreit demnach auch sie; er handelt aber nicht in ihrem, sondern in eigenem Namen, da er zur Leistung des Ganzen verpflichtet war. Die Zahlung kann daher, unerachtet ihrer befreienden Wirkung für die Uebrigen, nicht als Besorgung eines fremden Geschäftes angesehen werden, und weder die actio mandati noch die der negotiorum gestorum begründen.

Bietet nun gleich die Bürgschaft selbst kein Fundament eines Ersatzrechtes des gezahlten Bürgen gegen die Mitbürgen dar, so können nichts desto weniger außer und neben der Bürgschaft selbstständige Rechtsgründe auf eine Ausgleichung der Bürgschaftslasten unter den Bürgen hinwirken. So, wenn die Interessenten sich durch Vertrag zur gemeinsamen Bürgschaftsleistung verbunden haben, also die Verbürgung in Folge eines Societätsverhältnisses stattgefunden hat. Hier wird der die ganze Schuld bezahlt habende Bürge mit der actio pro socio von den Mitbürgen verhältnismäßigen Ersatz erlangen w). Ebenso, wenn die Mitbürgen nicht in einer vertragmäßigen, sondern in einer gesetzlichen Rechtsgemeinschaft, einer communio incidens, stehen, und durch diese zur gemeinsamen Verbürgung veranlaßt werden. Wo aber diese selbstständigen Rechtsgründe für den Regreß fehlen, besitzt der Bürge kein Rechtsmittel hierzu. Der Bürge, als solcher, ist daher klagenlos gegen die

w) Unterholzner. ibid. S. 812. z.

Mitbürgen. Dieser Grundsatz ist nun auch in dem positiven Rechte mit möglichster Bestimmtheit ausgesprochen:

l. 39. Dig. de fidej. (46. 1.)

Ut fidejussor adversus confidejussorem suum agat, danda actio non est.

l. 11. Cod. (8. 41.)

Cum alter ex fidejussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum, qui una fidejussit, non competit.

Um nun aber den Anforderungen der Billigkeit zu genügen, kennt das römische Recht ein Auskunftsmittel, welches die Grundsätze des strengen Rechtes nicht gefährdet. Dieses ist das beneficium cedendarum actionum. Weil eines Rechtsmittels aus eigener Person zur Verfolgung des Regresses untheilhaftig, kann der Bürge die Abtretung der Klage des Gläubigers gegen den Mitbürgen verlangen, die der Gläubiger seinerseits zu verweigern keinen Grund hat, da der Bürge ihm hierfür die ganze Bürgschaftssumme zahlt. Vor Abtretung der Klage ist der Bürge zur Zahlung nicht verpflichtet x). Erzwingen kann er die Cession mittelst der exceptio doli gegen die Klage des Gläubigers y). Als Cessionar kann nun der Bürge den Ersatz erlangen, den er suo nomine nicht verfolgen konnte; obgleich aber für die volle Zahlung auch die ganze Klage des Gläubigers auf den Bürgen übertragen wird, so kann dieser mit Wirksamkeit doch nur auf so viel klagen, als nach Abzug seines Antheils auf die Mitbürgen fällt z).

Das Recht des Bürgen auf die Abtretung der Klage gegen die Mitbürgen ist in vielen Stellen des corpus juris ebenso bestimmt ausgesprochen, wie die Verweigerung des Klagerechts aus eigener Person.

x) l. 21. Cod. (VIII. 41.) sicut eligendi fidejussores creditor habet potestatem, ita intercessorem postulanti cedi sibi hypothecae sive pignoris obligata jure, non prius ad solutionem (nisi mandata super hac re fuerit persecutio) convenit urgeri.

y) l. 1. § 1. de doli etc. (44. 4.)

Unterholzner. S. 810.

Mühlenbruch. Cession. d. Ford. S. 403.

z) Mühlenbruch. l. c. S. 404.

cf. l. 17. Dig. de fidej. (46. 1.)

Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina.

ferner l. 11. Cod. de fidej. (8. 41.)

Cum alter ex fidejussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum, qui una fidejussit, non competit. Potuisti sane, cum fisco solveres, desiderare, ut jus pignoris, quod fiscus habuit, in te transferretur; et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. Quod et in privatis debitis observandum est.

ferner l. 39. Dig. (46. 1.)

Ut fidejussor adversus confidejussorem suum agat, danda actio ei non est; ideoque si ex duobus fidejussoribus ejusdem quantitatis, cum alter, electus a creditore, totum exsolvat, nec ei cessae sint actiones, alter nec a creditore, nec a confidejussore conveniatur.

Savigny ^{a)} hat nun neuerdings ein erzwingbares Recht des belangten Bürgen auf die Cession der Klage gegen die Mitbürgen in Abrede gestellt, weil der Bürge bereits in dem beneficio divisionis ein Schutzmittel gegen das Tragen der ganzen Bürgschaftslast habe, und weil die eben allegirten Gesetze nur von der aus des Gläubigers Willkühr hervorgegangenen Cession handeln, nicht aber dem Beklagten einen erzwingbaren Anspruch auf die Abtretung geben.

Abgesehen aber davon, daß die Existenz eines Rechtsmittels zur Herstellung der billigen Gleichheit zwischen den Bürgen nicht die Statthastigkeit eines andern, denselben Zweck erreichenden Mittels ausschließt, da eine Concurrenz von Rechtsmitteln auf dem Rechtsgebiete nichts Ungewöhnliches ist, abgesehen ferner davon, daß das ben. divisionis nicht immer den durch die Wohlthat der Klageabtretung zu ermöglichenden Zweck zu erreichen im Stande ist, da das erstere bekanntlich Solvenz der Mitbürgen zur Zeit der Klage des Gläubigers voraussetzt, mithin der aus dem Grunde der Insolvenz der Uebrigen in solidum condemnirte Bürge, wenn man ihm das ben. ced. act. verweigerte, kein

^{a)} Obligationenrecht. Bd. I. S. 278. ff.

Mittel hätte, sich von dem in Zukunft zu bessern Vermögensverhältnissen gelangten Mitbürgen Ersatz zu holen, — so giebt bei unbefangener Betrachtung der Wortlaut der obigen Gesetze gerade einen erzwingbaren rechtlichen Anspruch auf die Cession der Klage gegen die Mitbürgen. Es heißt in der l. 17. „ut stipulator compellatur.“ Ihn auf eine durch billige richterliche Vermittelung zu Stande gebrachte, also auf eine freiwillige Cession zu beziehen, wie Savigny es thut, scheint zu gewagt, und widerspricht dem Begriffe von compellere, welches die Bedeutung rechtlichen Zwanges hat. Ebenso wenig dürfte es zu billigen sein, wenn Derselbe das in l. 11. Cod. anerkannte Zwangsrecht „potuisti desiderare“ nicht auf die Klage gegen die Mitbürgen, sondern nur auf die gegen die Hauptschuldner bezieht, denn in der ganzen Constitution ist von dem Hauptschuldner gar nicht die Rede, sondern es wird das Verhältniß des „alter ex fidejussoribus“ gegen Denjenigen, „qui una fidejussit“, besprochen.

Die abweichende Ansicht Savigny's steht auch in der Doctrin vereinzelt da, da fast alle Rechtslehrer ^{b)} in der Gewährung der Abtretung der Klage gegen die Mitbürgen völlig übereinstimmen. Diese letztere Ansicht ist auch unbezweifelt die in foro anerkannte.

Der Zeitpunkt, wo der Bürge den Anspruch auf die Klageabtretung geltend zu machen hat, ist in den allegirten Gesetzen bestimmt. Er muß spätestens in dem Momente der Zahlung die Cession verlangen. In der l. 17. heißt es der Gläubiger solle zur Cession gezwungen werden an den Fidejussor, „qui solvere paratus est.“ In der l. 11. Cod. gleichfalls „potuisti sane, cum fisco solveres, desiderare etc.“ Uebereinstimmend in l. 39. Dig. „cum alter, electus a creditore, totum exsolvat.“ Der Grund hiefür liegt darin, daß durch die Zahlung die Obligation der Mitbürgen aufgehoben wird; eine aufgehobene Forderung aber auch Niemandem mehr cedirt werden kann. Wird dagegen vor der Zahlung die Cession der Klage ausbedungen, so wird die Zah-

^{b)} Goecken. S. 28. 518 und 521.

Thibaut. § 943. z.

Wackelien. II. Bd. S. 250.

Mühlenbruch. 2. Ausg. S. 405.

Unterholzner. II. S. 818.

Sell im Archiv. Bd. IV. S. 19.

Hofacker. § 203. 8.

lung nicht als Tilgungsact der Bürgschaftsschuld, sondern als Kaufpreis für die Abtretung der Forderung angesehen ^{c)}. Daß die Cession selbst aber vor der Zahlung vorgenommen werde, ist nicht nöthig ^{d)}.

Als Cessionar des Gläubigers, also alieno nomine, kann nun der Bürge von seinen Mitbürgen sich den, aus eigener Person nicht zu erzielenden Ersatz verschaffen. Da er ein fremdes Forderungsrecht für sich geltend macht, klagt er auch mit denselben Rechten und Beschränkungen wie der Gläubiger. Alle Einreden, die der Klage des letzteren entgegenstehen, treffen auch den Cessionar. — Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die ex jure cesso in Anspruch genommenen Mitbürgen aus der von Seite des Cessionars etwa unterlassenen Befriedigung des Gläubigers keine Einrede entnehmen können, da nicht die Zahlung der Bürgschaftsschuld, sondern die Cession der Klage abseiten des Gläubigers, dem Bürgen das Klagerrecht erzeugt, und es auf die abgetretene Forderung selbst einflußlos ist, ob die Cession unentgeltlich oder entgeltlich, und im letzteren Falle gegen baare Zahlung oder auf Credit erfolgt ist. Die Zahlung gilt als Kaufpreis für die abgetretene Forderung; an der Entrichtung desselben hat nur der Verkäufer, resp. Cedent, und dessen Rechtsnehmer ein Interesse, nicht der debitor cessus.

2. Regreß gegen den Hauptschuldner.

Ebenso wenig wie die obligatio fidejussoria eine Verpflichtung der Mitbürgen unter einander begründet, ebenso wenig erzeugt sie ein Rechtsverhältniß zwischen dem Bürgen und Hauptschuldner. Der Bürge, als solcher, hat daher aus der Bürgschaft keine unmittelbare Ersatzklage gegen den Hauptschuldner. Dieselben Billigkeitsrücksichten aber, die dem Bürgen in dem beneficio ced. act. ein Rechtsmittel gegen seine Mitbürgen erschufen, machen sich in noch höherem Grade dem Hauptschuldner gegenüber geltend. Die Bürgschaft ist eine accessorische Obligation, sie hat keinen selbstständigen Zweck; dieser liegt vielmehr

^{c)} l. 76. de solut. (46. 3.)

„præctium magis mandatarum actionum solutum, quam actio, quæ fuit, peremta videtur.“

l. 36. Dig. (46. 1.)

^{d)} Wangerow. Band III. S. 115.

darin, eine fremde Verbindlichkeit sicherzustellen. Nichts billiger daher, als dem Bürgen, der sich für einen Andern obligirte, ein Ersatzrecht gegen diesen letzteren zu ermitteln, wenn er durch Uebernahme der fremden Schuld in Nachtheil gerathen. — Zur Vermittelung des strengen Rechts und der Billigkeit dient nun auch in Beziehung auf den Regreß an den Hauptschuldner das ben. ced. actionum. Nicht minder wie die Abtretung der Klage des Gläubigers gegen die übrigen Bürgen, kann der in Anspruch genommene Bürge auch die Cession der Klage gegen den Hauptschuldner verlangen, und bis solches geschehen, die Zahlung verweigern ^{e)}. Das im Vorhergehenden über die Wohlthat der Klageabtretung Gesagte hat auch gegenüber dem Hauptschuldner volle Geltung; insbesondere der Satz, daß eine vorgängige Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen zur Verfolgung des Hauptschuldners mandatis actionibus nicht erforderlich ist.

Wenngleich nun das ben. ced. act. ein nicht unwichtiges Mittel zur Anbahnung eines Ersatzes von dem Hauptschuldner ist, so hat es dennoch für die Regreßfrage gegen den Hauptschuldner nicht die Bedeutung, wie für das Verhältniß der Bürgen unter einander. Während nämlich der Bürge, — mit Ausnahme des seltenen Falles, wo eine societas oder communio unter den mehreren Bürgen begründet war, — gegen die Mitbürgen nur dann ein Klagerrecht hat, wenn er die Cession der Klage vor der Zahlung ansbedang und erhielt, wird er gegen den Hauptschuldner in der Regel auch ohne Cession, vielmehr suo nomine, ein Rechtsmittel auf Schadloshaltung haben, welches zwar nicht aus der Verbürgung selbst, wol aber aus andern in der Regel mit ihr verbundenen Rechtsgründen abzuleiten ist.

Die häufigste Veranlassung zur Uebernahme einer Bürgschaft nämlich ist eine Aufforderung des Hauptschuldners, für die Erfüllung einer von ihm bereits contrahirten, oder noch zu contrahirenden Schuldverbindlichkeit gut zu sagen. Erfolgt nun die Bürgschaft, so ist ein Mandatsverhältniß zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen begründet; dieser letztere kann als Mandatar Indemnisation für alle aus dem beauftragten Geschäfte, ihm erwachsenen Nach-

^{e)} l. 21. Cod. (VIII. 41.)

l. 13. Dig. (46. 1.)

l. 27. § 5. und l. 28. Dig. (XVII. 1.)

theile und Auslagen mittelst der actio mandati contraria erlangen ^{h)}. Es ist selbst eine ausdrückliche Aufforderung des Bürgen zur Intercession nicht erforderlich, um diesem die Mandatsklage zu gewähren. Ein stillschweigender Auftrag zur Verbürgung wird nämlich dann angenommen, wenn die Intercession mit Wissen und ohne Widerspruch des Hauptschuldners eingegangen wird ^{g)}. Wo die Voraussetzungen des Mandates, also namentlich die Kenntniß des Hauptschuldners von der Verbürgung, fehlen, wie z. B. die Intercession für einen Abwesenden, da liegt in der Bürgschaftsleistung eine einseitige ohne Auftrag geschehene Geschäftsführung, eine negotiorum gestio, die bekanntlich zwischen dem Geschäftsführer und Geschäftsherrn ein obligatorisches Verhältnis herstellt, kraft dessen der Erstere gegen den Letzteren einen Anspruch auf Schadloshaltung hat ^{h)}. Nur darf der Hauptschuldner die Verbürgung nicht untersagt haben, weil ein Verbot des Geschäftsherrn die Entstehung der auf präsidentiver Einwilligung desselben beruhenden negotiorum gestio hindert ⁱ⁾. In diesem letzteren Falle soll der Bürge überhaupt keine Klage, auch keine actio utilis gegen den Schuldner haben ^{k)}; hiemit ist indessen nicht das auf dem Wege der Cession auf den Bürgen zu übertragende Klagerrecht des Gläubigers denegiert; gerade für diesen Fall äußert das ben. ced. actionum seinen practischen Nutzen.

Mit der actio mandati und negotiorum gestorum kann der Bürge gegen den Hauptschuldner in der Regel nicht eher auftreten, als bis er Zahlung geleistet hat. Denn erst durch die Zahlung erfüllt er den ihm gewordenen Auftrag, beendet er das für den Hauptschuldner übernommene Geschäft; so lange der Bürge

^{h)} § 6. Inst. (III. 20.) „Si quis autem fidejussor pro reo solverit, ejus recipiendi causa habet cum eo mandati iudicium.“

^{g)} l. 60. Dig. de reg. j. (50. 17.)

„semper qui non prohibet intervenire, mandare creditur.“

^{h)} l. 20. § 1. Dig. (17. 1.)

Fidejussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fidejusserit; nam mandati actio non potest competere, quum non antecesserit mandatum.

ⁱ⁾ l. 40. Dig. (17. 1.)

si pro te praesente et velante fidejusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est.

^{k)} cit. l. 40. Dig.

„sed quidam utilem putant dari oportere, quibus non consentio; secundum quod et Pomponio videtur.“

selbst nicht Zahlung geleistet, fehlt die Veranlassung zur Ersatzklage ^{l)}. Der Zahlung wird aber die Verurtheilung des Bürgen zur Leistung gleichgestellt ^{m)}.

Wenn der Bürge suo nomine sich von dem Schuldner den Regreß für die geleistete Zahlung zu holen beabsichtigt, so muß, da der mandans und dominus negotii nur die nothwendigen und nützlichen Auslagen des Geschäftsführers zu ersetzen hat, die Bezahlung des Gläubigers, rechtlich betrachtet, nothwendig gewesen sein; doch wird eine Nöthigung des Bürgen zur Zahlung durch ein vorgängiges Urtheil nicht gefordert ⁿ⁾. Es genügt, daß der Anspruch des Gläubigers begründet war, und dem Bürgen keine rechtlichen Schutzmittel, keine Exceptionen, zu Gebote standen. Hatte er Einreden aus der Person des Schuldners gegen die Forderung des Gläubigers und befriedigt ihn, ohne es zu einer gerichtlichen Klage kommen zu lassen, oder unterläßt er den Gebrauch der Einreden gegen die Klage, und wird in Folge dessen durch ein Urtheil rechtmäßig zur Zahlung verpflichtet, so trifft ihn hieraus eine culpa, denn er hatte die Mittel die Zahlung zu vermeiden ^{o)}. Hat er dagegen in seiner Vertheidigung gegen den Kläger omnem diligentiam prästirt, und wird unerachtet dessen rechtswidriger Weise in die Zahlung verurtheilt, unterläßt hierauf aber die statthaften Rechtsmittel gegen die Entscheidung zu ergreifen, so daß diese eine res judicata wird, dann wird die Zahlung allerdings für den Bürgen eine unvermeidliche, kann aber dem Schuldner, resp. mandans, gegenüber nicht als eine rechtlich nothwendige gelten, da der Bürge die Rechtskraft des Urtheils zu hem-

^{l)} l. 38. § 1. Dig. (17. 1.)

non absimilis illa frequentissime agitari solet, fidejussor an prius, quam solvat, agere posset liberetur; nec tamen semper expectandum est, ut solvat aut iudicio accepto condenatur; si diu in solutione reus cessabit, aut certe bona sua dissipabit, praesertim si domi pecuniam fidejussor non habebit, qua numerata creditori, mandata actione conveniat.

l. 10. Cod. (4. 35.)

„nulla juris ratione, antequam satis creditori pro ea feceris, eam ad solutionem urgeri certum est.“

^{m)} l. 11. Dig. (17. 1.)

ⁿ⁾ l. 10. § 11. Dig. (17. 1.) Fidejussores et mandatores, et si sine iudicio solverint, habent actionem mandati.

^{o)} l. 67. Dig. (46. 1.)

„.... nihil tibi praestabitur jure mandati.... scilicet si culpa tua injustae damnationis causam praebuisti.“

men und seinen Einreden durch Anwendung passender Rechtsmittel Anerkennung zu erzwingen im Stande war p). Waren dem Bürgen dagegen die Einreden aus der Person des Hauptschuldners unbekannt, weil sie aus späteren, nach der Bürgschaftsleistung eingetretenen Beziehungen zwischen Hauptschuldner und Gläubiger entstanden waren, und trifft ihn hinsichtlich dieser Unkenntnis kein Vorwurf, so kann die Nichtbenutzung der Einreden seinen Regreß gegen den Schuldner nicht schmälern, denn *ignorantia facti alieni non nocet* q).

Zu beachten ist hierbei, daß dem Bürgen nicht alle Einreden aus der Person des Schuldners zu Gebote stehen. Er kann nämlich nur die *exceptiones rei cohaerentes* für sich geltend machen, die streng persönlichen Einreden des Schuldners dagegen nicht r). Hat daher der Bürge die Vorschüßung persönlicher Einreden, z. B. des *pactum de non petendo in personam*, der Kompetenz, welche der Hauptschuldner hatte, unterlassen, und Zahlung geleistet, so kann der Letztere, obgleich selbst gegen die Klage des Gläubigers geschützt, seinem Mandatar, dem Bürgen, den Ersatz des Gezahlten nicht versagen, denn für diesen war die Zahlung eine unvermeidliche s). Es versteht sich übrigens von selbst, daß der Hauptschuldner dem Bürgen, wenn dieser mit der *actio mandati* oder *negotiorum gestorum* klagt, jene Einreden nicht entgegensetzen kann, da sie nur das Klagerecht des Gläubigers aus der *obligatio principalis* afficiren, das selbstständige Rechtsverhältniß des Schuldners zum Bürgen hingegen nicht berühren. Anders aber wenn der Bürge als Cessionar des Gläubigers den Schuldner verfolgt: hier stehen auch ihm alle diejenigen Einreden entgegen, welche der *debitor cessus* gegen den Gläubiger hatte, denn der Bürge macht nicht ein eigenes, sondern ein fremdes Forderungsrecht geltend.

p) l. 8. § 8. Dig. (17. 1.)

q) l. 8. § 8. *ibidem*.

„igitur, si ignoraverunt, excusata ignorantia est.“

r) In l. 19. Dig. de excep. (44. 1.) heißt es zwar:

„omnes exceptiones, quae reo competunt, fidejussori quoque, etiam invito reo, competunt. Doch ist dieser Ausspruch nur auf die dinglichen Einreden zu beziehen, wie solches in l. 7. pr. und § 1. Dig. *ibid.* aufs Bestimmteste ausgesprochen wird.

s) l. 22. D. de pactis. (11. 14.)

„nisi hoc actum est, ut dumtaxat a reo non petatur, a fidejussore petatur; tunc enim fidejussor exceptione non utetur.“

Es ergibt sich hieraus, daß dem Bürgen die Klage *proprio nomine* unter Umständen Erfolge verschaffen kann, die eine Klage *ex jure cesso* vergeblich anstreben würde, und hierin liegt die practische Wichtigkeit des Wahlrechtes zwischen beiden Regreßwegen.

Von der Berechtigung des Bürgen, den Schuldner auf Wiedererstattung des Gezahlten anzuklagen, ist wesentlich verschieden, die durch ein Klagerecht geschützte Befugniß des Ersteren von dem Schuldner zu verlangen, daß dieser die *obligatio* an den Gläubiger tilge, und dadurch auch den Bürgen befreie. Dieses Klagerecht des Bürgen gestatten die Gesetze dann, wenn der Schuldner lange in Erfüllung seiner Verbindlichkeit, und der Gläubiger in Beitreibung seiner Forderung zögert, oder der Schuldner sein Vermögen zu vergeuden beginnt, so daß dem Bürgen die Aussicht auf den späteren Regreß unsicher wird u). Obgleich aus demselben Rechtsgrunde wie die Ersatzklage, nämlich dem *Mandate* oder der Geschäftsführung, entspringend, unterscheidet sich die letztere Klage durch ihre Veranlassung und ihren Zweck von der ersteren; ihre Veranlassung ist nicht die Bewerkstelligung der Zahlung, also ein Kostenaufwand für das fremde Geschäft, sondern die Gefahr des Bürgen den Regreßanspruch vereitelt zu sehen; ihr Zweck nicht eine Leistung an den Bürgen, sondern Befriedigung des Gläubigers, und hiedurch Liberation des Bürgen. Da diese Klage auf Liberation nicht in der Bürgschaft selbst, sondern in dem *Mandats-* oder *Geschäftsführungsverhältnisse* ihr rechtliches Fundament hat, so wird sie in den Fällen, wo ein solches Rechtsband zwischen Bürgen und Hauptschuldner nicht besteht, und der Bürge auf das *ben. ced. act.* beschränkt ist, zu versagen sein v).

u) cf. die ~~sob~~ l) und m) cit. Gesetze und C. ult. X. de fidejussoribus III. 22.

„Eum, pro quo te fidejussorem obligasti, si diu in debiti solutione cessavit, aut dissipare bona sua coepit, seu super hoc condemnatus fuisti, jure poteris convenire, ut te a fidejussione debeat liberare.“

v) Obgleich das unter u) allegirte Gesetz des *Mandatsverhältnisses* nicht Erwähnung thut, sondern dieses Klagerecht dem Bürgen ohne Einschränkung zu gewähren scheint, so sprechen dennoch die unter l) angeführte l. 38. § 1. Dig. (17. 1.), welche dieses Recht als durch die *actio mandati* verfolgbar erklärt, und die Natur der Sache gegen die Ausdehnung auf alle Bürgen.

B. Aurländisches Recht.

Aurl. Stat. § 128. Piltensche Statuten Theil II. Tit. 12. § 7. Bauskesche P. D. Tit. 23. § 3. Friedrichst. P. D. Tit. 22. § 3.

Ueber den Regreß des Bürgen gegen die Mitbürgen schweigen sowohl die aurländischen als die piltenschen Statuten. Auf dem Gebiete des Landrechtes gilt daher das im Vorhergehenden dargestellte gemeine Recht. Der Regreß gegen die Mitbürgen ist, mit Ausnahme des Falles, wo eine Rechtsgemeinschaft zwischen ihnen bestand, nur auf dem Wege der Cession zu ermöglichen, und ein unmittelbares Klagerrecht aus eigener Person zu versagen.

In der Bauskeschen P. D. Tit. 23. § 3, und übereinstimmend in der Friedrichstädtischen P. D. Tit. 22. § 3. heißt es:

„Sollte aber einer für alle und alle für einen gelobet haben, so mag der Creditor einen von denselben besprechen, und da etliche verstorben, von desselben Erben solches fordern, die ihren Regreß von den andern Bürgen oder derselben Erben solches wieder zu fordern haben.“

Da diese Gesetze das Recht des Bürgen auf den Regreß gegen die Mitbürgen ohne Weiteres anerkennen, so scheint das ben. ced. act. nicht einmal erforderlich, vielmehr dem Bürgen aus eigener Person ein Klagerrecht gegeben zu sein; sonach würde denn das Stadtrecht wesentliche Abweichungen enthalten. Legt man den cit. Gesetzen diese Bedeutung bei, so kann die ratio legis nur in der Annahme eines, durch die gemeinschaftliche Verbürgung begründeten, stillschweigenden Societätsverhältnisses zwischen den Bürgen liegen, kraft dessen alle den aus der Bürgschaft erwachsenen Verlust zu theilen sich anheischig machen. Die Klage wäre demnach die actio pro socio, und beruhte auf einer, dem reinen Charakter der Bürgschaft eben so wie dem römischen Rechte fremden Fiction.

Will man nun nach dem Stadtrecht ein directes Klagerrecht des Bürgen statuirt wissen, so ist es nicht auf den Fall zu beschränken, wo die Verbürgung unter der Correalclausel geschehen, weil die Mitbürgen ipsa lege-correi debendi sind, und die einzige Wirkung der Correalclausel nach Stadtrecht in dem Verluste des ben. divisionis besteht, dieses aber nur das Verhältniß des einzelnen Bürgen zum Gläubiger, nicht das der Bürgen unter einander berührt.

In Anleitung der Regel aber, daß die Derogation eines älteren Gesetzes durch ein neueres, oder eines gemeinen durch ein provincielles nur dann anzunehmen ist, wenn solche mit Bestimmtheit aus dem Wortlaute und Sinne des letzteren hervorgeht, dürfte dennoch die Deutung, daß der cit. Paragraph die Gewährung eines directen Klagerrechtes des Bürgen gar nicht ausspreche, den Vorzug verdienen, denn einerseits behandelt das Gesetz ex professo nur die Pflichten der Bürgen zum Gläubiger, andrerseits gedenkt es zwar nebenbei des Regresses der Bürgen gegen einander, bezeichnet aber das Rechtsmittel zur Erlangung dieses Regresses nicht speciell, und derogirt somit dem gemeinrechtlichen Grundsatz, daß der Bürge nur ex jure cesso den Mitbürgen auf theilweisen Ersatz belangen könne, nicht.

Ueber das Regreßrecht des Bürgen gegen den Hauptschuldner enthält das Landrecht Bestimmungen. Die aurl. Statuten verordnen im § 128:

„Fidejussoribus actio adversus principalem debitorem dari non debet, antequam ipsi vel solutionem fecerint, vel ad eam faciendam in judicio condemnati fuerint.“

und in fast wörtlicher Uebereinstimmung die piltenschen Statuten im Theil II. Tit. 12 § 7:

„Kein Bürge mag den Selbstschuldigen beklagen, er habe denn erstlich bezahlt, oder die Zahlung sei ihm zu Recht auferlegt.“

In Grundlage dieser Gesetze, die weder einer vorgängigen Klagecession, noch eines Mandates und Geschäftsführungsverhältnisses als Voraussetzungen der Klage erwähnen, sondern diese nur von der Zahlung oder Verurtheilung abhängig machen, könnte man geneigt sein, nach dem Provinzialrechte einen Regreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner ohne Vermittelung der Cession, oder ohne Voraussetzung eines neben der Bürgschaft bestehenden obligatorischen Verhältnisses anzunehmen, und den Grund des Regreßrechtes in der Bürgschaft selbst zu suchen.

Nicht weniger als die Rücksichtnahme auf das gemeine Recht, tritt indessen auch die Wortfassung der obigen Gesetze einer solchen Deutung entschieden entgegen. Sie enthalten keine Bestimmungen über die Statthaftigkeit des Regresses selbst, über die Begründung des Klagerrechtes, sondern nur über den Zeitpunkt der Geltendmachung desselben. „Actio dari non debet antequam“ und „kein Bürge mag den Selbstschuldigen beklagen, er habe denn

erstlich“. Daß der Bürge in allen Fällen ein Klagerecht gegen den Hauptschuldner habe, daß also die Bürgschaft selbst Grund des Regreßrechtes sei, ist nicht gesagt; es soll die Klage nur nicht vor der Zahlung oder Verurtheilung, weil diese erst die Veranlassung zur Verfolgung des Hauptschuldners geben, angestellt werden dürfen. Mit der Zahlung oder Verurtheilung ist ein Anlaß zur Klage allerdings gegeben; ob die Klage nach gewordenem Anlasse aber an sich begründet ist, das ist eine andere Frage, die zu lösen sich die Statuten nicht zur Aufgabe gemacht haben, und die daher nach den Grundsätzen des römischen Rechtes zu entscheiden ist. —

Darum kann auch nach kurländischem Rechte dem Bürgen nur dann eine Klage gegen den Hauptschuldner gegeben werden, wenn er entweder die Klage des Gläubigers durch Cession auf sich hat übertragen lassen, oder wenn neben der Bürgschaft ein unmittelbares obligatorisches Verhältniß zum Hauptschuldner, also Mandat oder negotiorum gestio, coincidirt, aus welchem der Anspruch auf Ersatz des durch die Verbürgung verursachten Nachtheils erwächst.

Diese Auffassung der statutarischen Bestimmungen bestätigt auch der § 29. P. I. Tit. I. des Instructorii, wo es lautet:

„item cedendarum actionum, welche der fidejussor dem creditori opponirt, daß er dem fidejussori, wenn er ihm pro debitore principali zahlen soll, zuvörderst actionem suam contra debitorem cediren soll, daß er von demselben künftig, wenn er ad meliorem fortunam gelangen sollte, seinen Regreß nehmen könne.“

Das ben. ced. act. wird hiernach in Kurland als völlig practisch bezeichnet, und dessen Zweck ausdrücklich darin gesetzt, daß der Bürge gegen den Hauptschuldner seinen Regreß nehmen könne; die Cession soll also den Ersatz ermöglichen, woraus denn von selbst folgt, daß dieser nicht unter allen Umständen dem Bürgen ohne Cession zustehen.

Während die Statuten die Fälle im Auge haben, in welchen dem Bürgen ein directes Klagerecht gegen den Hauptschuldner zu Gebote steht, — und dieses findet, wie erwähnt, in der Regel statt, — sichert das Instructorium ihnen durch das ben. ced. act. den Regreß für den entgegengesetzten Fall.

Die Bestimmung der Statuten, daß erst nach geschahener Zahlung oder Verurtheilung des Bürgen der Hauptschuldner von dem Letzteren belangt werden könne, giebt nämlich den Aufschluß darüber, von welcher Klage dort

die Rede; dieses kann nicht die auf dem Wege der Cession an den Bürgen gediehene Klage des Gläubigers sein, weil die Zahlung als Kaufpretium für die abgetretene Forderung betrachtet wird, und die Verichtigung desselben an den Cedenten, gleichwie die Verurtheilung in dasselbe, dem debitor cessus völlig gleichgültig ist; das Fundament der eben bezeichneten Klage ist die obligatio principalis, und die Cession derselben durch den Gläubiger; auf dieses Klagefundament hat die bereits geschehene, oder in Folge Urtheils zu erwartende Erfüllung der obligatio fidejussoria keinen Einfluß (cf. S. 70). Die Paragraphen beziehen sich daher nur auf die persönliche, directe Ersatzklage des Bürgen, die Mandats- oder Geschäftsführungsklage, welche auch nach gemeinem Rechte erst nach geschahener Zahlung oder Verurtheilung des Bürgen an der Zeit ist (cf. S. 72).

Haben nun die Statuten dahin Deutung erfahren müssen, daß dem Bürgen, als solchem, keine Regreßklage gegen den Schuldner zu Gebote stehe, daß ferner das Verbot der Klageanstellung vor der Zahlung und Verurtheilung nicht auf die actio cessa, sondern auf die dem Bürgen aus eigener Person zustehende Mandats- oder Geschäftsführungsklage zu beziehen sei, so müssen die besprochenen Paragraphen noch dahin engere Einschränkung erleiden, daß nur die Ersatzklage, die Verfolgung des Anspruches auf Schadloshaltung, bis zu dem Zeitpunkte der erfolgten Zahlung oder rechtskräftigen Verurtheilung hinauszuschieben ist. Die hievon wesentlich verschiedene, obgleich ebenfalls in dem unmittelbaren persönlichen Rechtsverhältnisse zwischen Bürgen und Schuldner begründete Klage des Ersteren auf Befreiung von der für den Schuldner eingegangenen Verbindlichkeit, welche Klage nach den oben (S. 73 und 75) citirten speciellen römischen und canonischen Gesetzen vor der Zahlung und Verurtheilung erhoben werden darf, kann den Geboten der Provinzialrechtsbestimmungen nicht unterworfen werden; einmal weil die letzteren eine bloß generelle Vorschrift enthalten, durch welche speciellen, singulair Fälle entscheidenden Gesetzen nicht derogirt wird, sodann aber weil eine Ausdehnung der statutarischen Bestimmung auf die letztgenannte Klage diese selbst ihrem Wesen nach vernichten würde. Denn diese Klage ist auf die Befreiung von der Bürgschaftsschuld gerichtet, setzt also zu ihrer Begründung gerade die Existenz der letzteren voraus; durch die Zahlung zerstört aber der Bürge seine obligatio, und wird frei; nach bereits bewerkstelligter Befriedigung des Gläubigers wäre eine Klage auf

Befreiung eine rechtliche Unmöglichkeit. Gäbe man den mehrerwähnten Paragraphen daher Anwendbarkeit auf alle Klagen, die dem Bürgen suo nomine gegen den Hauptschuldner zu Gebote stehen, so entzöge das Provinzialrecht dem Bürgen eines der wichtigsten Rechte, nämlich die Befugniß, auch vor seinerseitigen Befriedigung des Gläubigers, gegen den Schuldner auf Zahlung an den Creditor, und resp. Liberirung des Bürgen zu dringen, — eine nicht zu rechtfertigende Annahme.

Das letztgedachte Klagerecht des Bürgen wird denn auch von der kurländischen Praxis anerkannt. In dem bereits allegirten Oberhofgerichtlichen Urtheile: Stavenhagen c. Walter heißt es in passu concernente: „2) soviel zur Seite, daß der Bürge im Geringsten nicht abgehalten wird, auch seinerseits Sicherheitsmaaßregeln gegen den Schuldner zu nehmen, oder den Gläubiger zum Klagen zu provociren. Ebenso wie demnach Citatin (die Bürgin) gegen den Schuldner auf Zahlung dringen konnte, ebenso . . .“ Da weder eine vorgängige Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen, noch eine Verurtheilung des letzteren in jenem Rechtsfall erfolgt war, vielmehr die Klage erst gegen den Bürgen auf Befriedigung gerichtet war, so kann unter den „Sicherheitsmaaßregeln“ und der citatischen Befugniß „gegen den Schuldner auf Zahlung zu dringen“ nicht die Ersatzklage wegen schon geleisteter Zahlung, sondern nur das Recht des Bürgen, auf Befreiung von der Bürgschaftsschuld zu dringen, verstanden werden. Als Beleg wird in dem obigen Präjudicate auch die l. 38. § 1. Dig. (17. 1) allegirt, die das erwähnte Klagerecht des Bürgen vor seinerseitiger Zahlung oder Verurtheilung anerkennt.

So findet denn in der Lehre über die Klagerechte des Bürgen gegen Mitbürgen und Hauptschuldner volle Uebereinstimmung zwischen dem gemeinen und Provinzialrechte statt.

Vierter Abschnitt.

Umfang und Dauer der obligatio fidejussoria.

A. Römisches Recht.

Da die Bürgschaft eine accessorische, zur Sicherstellung der Hauptschuld bestimmte Obligation ist, so darf einerseits die Verbindlichkeit des Bürgen in Ansehung ihres Gegenstandes nicht von der Prinzipalobligation abweichen, so dürfen andererseits der Umfang und die Modalitäten der Leistung des Bürgen die des Hauptschuldners nicht übersteigen. — Diese Rechtsätze findet man in den Quellen bestätigt v), und Gajus führt als Grund an w):

„et horum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest quam in principali re.“ —

Umgekehrt kann aber die Bürgschaft auf ein Geringeres gehen oder günstigere Bedingungen enthalten als die Prinzipalobligation: „in leviolem plane causam accipi possunt;“ hat daher der Bürge die Grenzen seiner Haftung enger gesteckt, als die Verbindlichkeit des Hauptschuldners reicht, so hat die Bürgschaft volle Kraft, und kann über diese Grenzen natürlicher Weise nicht ausgedehnt werden. Es fragt sich aber, wie weit der Bürge hafte, wenn er schlechtweg, ohne nähere Angabe des Umfanges, intercedirte? Die accessorische Natur der fidejussio beantwortet diese Frage unzweifelhaft dahin, daß der Bürge in demselben Umfange hafte, wie der Hauptschuldner, mithin nicht bloß für den Hauptgegenstand der Prinzipalobligation, sondern auch für alle mit ihr verbundenen Nebenleistungen, wie Zinsen, Früchte, Schadenersatz, mit

v) l. 42. Dig. (46. 1.)

„non obligatur fidejussor, quia in aliam rem, quam quae credita est, fidejussor obligari non potest.“

l. 8. § 7. Dig. (46. 1.)

Illud commune est universis, qui pro aliis obligantur, quodsi fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit, eos omnino non obligari; in leviolem plane causam accipi possunt.

w) Gaj. III. § 126.

Vorlamps-Lauer's Rechtsbegr.

einem Wort, für die causa rei; denn diese Nebenleistungen sind nicht Objecte einer selbstständigen Obligation, sondern der Hauptobligation, die Verpflichtung zu ihrer Præstation liegt nicht in einem, von der Hauptobligation getrennten Rechtsgeschäfte, sondern in dieser selbst.

Hiermit stimmen überein die l. 32. pr. Dig. (26. 7.)

„Modestinus respondit, in id quod tutor conveniri potuit, fidejussorem quoque conveniri posse.“

l. 56. § 2. Dig. (46. 1.)

Si nummos alienos, quasi tuos, mutuo dederis sine stipulatione, nec fidejussorem teneri, Pomponius ait. Quid ergo, si consumitis nummis nascatur condictio? Puto fidejussorem obligatum fore; in omnem eam causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest.

l. 58. § 1. Dig. ibid. Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fidejussoris durat obligatio: veluti si moram fecit in Stichosolvendo et is decessit.

l. 88. Dig. de V. O. (45. 1.) Mora rei fidejussori quoque noceat.

l. 4. § 1. Dig. (46. 1.)

Fidejussor et ipse obligatur, et haeredem obligatum relinquit, cum rei locum obtineat.

Gewiß mit gutem Grunde stellen denn auch fast alle Rechtslehrer den Satz hin, daß der Bürge, wenn er nicht ausdrücklich den Gegenstand seiner Verpflichtung bezeichnet, in demselben Umfange wie der Hauptschuldner hafte ^{x)}. Zwar giebt es auch Gegner, die die Verbindlichkeit des Bürgen auf die Accessionen der Hauptforderung nur dann ausgedehnt wissen wollen, wenn der Bürge ausdrücklich in omnem causam gebürgt habe. Insbesondere hat Madai ^{y)}, diese abweichende Ansicht in besonderer Beziehung auf die Conventionalzinsen

^{x)} Goeschen. Bd. III. § 564. 1.

Unterholzner a. a. O. S. 813.

Thibaut. l. c. § 952.

Schweppé. röm. Privatrecht § 510.

Wackelberg. Bd. II. § 423.

^{y)} in den theoret. pract. Erörterungen. Bd. III. 1. Heft. S. 38. ff.

zur Geltung zu bringen versucht; es sei, so sagt er, der Inhalt eines accessoriischen Vertrages allerdings aus dem zu Grunde liegenden Hauptvertrage zu entnehmen, aber auch nur aus diesem allein; Erweiterungen und Nebenbestimmungen, die der Hauptvertrag durch Nebenpacte erhalten, dürften nicht ohne Weiteres als in den accessoriischen Vertrag mit aufgenommen betrachtet werden; die Verbindlichkeit zur Leistung der Zinsen übernehme der Schuldner aber in einem besonderen Nebenvertrage, der an und für sich mit dem Hauptvertrage nichts zu thun habe; die Zinsen seien nur ein Äquivalent für die dem Schuldner abgetretene Benutzung des Capitals; ein Gewinn, der zwar durch das Darlehn veranlaßt werde, mit diesem jedoch wesentlich nichts zu thun habe. Auch werde in den Quellenzeugnissen, die von einer Verbindlichkeit zur Zinszahlung des Bürgen reden, stets eine vorhergegangene fidejussio in omnem causam, nicht eine einfache Verbürgung, vorausgesetzt.

Diese Argumentation geht indessen von den nicht haltbaren Prämissen aus, daß das Nebenpactum eine von dem Hauptvertrage unabhängige, abgesonderte rechtliche Stellung habe, und daß die Zinsen selbstständige Præstationen seien. Die pacta adjecta haben aber in materieller Beziehung keine Selbstständigkeit; sie ergänzen den Hauptvertrag, bestimmen dessen Modalität näher, und sind daher integrierende Bestandtheile des letzteren; selbst formell betrachtet, sind sie abhängig, da sie dem Hauptvertrage gleich bei dessen Eingehung einverleibt werden müssen, wenn sie Klagbarkeit haben sollen ^{z)}. Da sie demnach mit dem Hauptvertrage aufs Engste zusammenhängen, Bestandtheile desselben sind, so muß offenbar die Verpflichtung des Bürgen, der dem fremden, aus Haupt- und Nebenvertrag zusammengefügten, einen Schuldverhältnisse ohne die ausdrückliche Erklärung, nur für die aus dem Hauptvertrage entspringende Leistung eintreten zu wollen, beitrifft, sich natürlich auch auf den ganzen Umfang des Schuldverhältnisses erstrecken, in welchem sich dieses zur Zeit der Verbürgung befand. — Die Zinsen ferner, welche der Schuldner für das Darlehn verspricht, sind nicht für sich bestehende Verpflichtungen. Sie bilden das Äquivalent für die dem Schuldner gewährte Nutzung des Capitals, und stehen daher in wesentlicher Beziehung zu dem Darlehn, haben in diesem letzteren ihre Begründung. Der Zweck, den der

^{z)} l. 24. D. depos. (16. 3.)

Gläubiger durch Annahme eines Bürgen für ein contrahirtes verzinsliches Darlehn im Auge hat, geht nicht bloß auf Sicherstellung der geliehenen Hauptsumme, sondern eben so auf die der Zinsen, um deren Leistung willen das Darlehn in der Regel bewilligt worden.

Das Gesagte gilt umsomehr von den gesetzlichen (im Gegensatz zu den vertragsmäßigen) Zinsen, und von den Accessionen der Hauptforderung, da für diese nicht einmal das Argument der Entstehung in einem besondern Nebenvertrage paßt. Sie bilden zwar nicht den nächsten, wol aber den entfernteren Gegenstand der Principalobligation, sind mittelbare, durch nicht zeitige oder nicht gehörige Erfüllung der Hauptforderung begründete, rechtliche Folgen dieser letzteren.

Daß die Rechtsquellen nur dann eine Verpflichtung des Bürgen zu den Accessionen anerkennen, wenn dem Bürgschaftsvertrage selbst die Clausel „in omnem causam“ oder „indemnem me praestabis“, oder überhaupt eine auf die Nebenforderungen ausdrücklich gerichtete Willenserklärung hinzugefügt worden, kann in den bezüglichen Gesetzesstellen nicht aufgefunden werden. In der l. 4. § 1. Dig. (46. 1.) heißt es ganz allgemein, und ohne Voraussetzung einer besonderen Art der Bürgschaft, daß der Bürge „rei locum obtineat“, was doch nur so viel heißen kann, daß er in demselben Umfange wie der Hauptschuldner hafte. In der l. 88. Dig. de. V. O. (45. 1.), ferner in l. 58. § 1. Dig. (46. 1.) ist ebenfalls der allgemeine Grundsatz ausgesprochen, daß die rechtlichen Folgen der mora des Hauptschuldners, also auch die Verbindlichkeit zur Prästation der Verzugszinsen, des *id quod interest* u. s. w., den Bürgen treffen. Zwar geben viele Stellen ^{a)}, welche dem Bürgen die Verbindlichkeit zur Zinsenzahlung auferlegen, als Grund an, der Bürge habe sich „in omnem causam conductionis“, „in universam conductionem“, „in omnem causam emti“, obligirt. Hierunter ist aber, nach der gewiß richtigeren Deutung der meisten Civilisten, nicht die ausdrückliche Verabredung, für die ganze causa einstehen zu wollen, gemeint, und eine schlechtweg ohne jene Formel eingegangene Verbürgung der ersteren gegenüberzustellen. Den Gegensatz zur *fidejussio in omnem causam* bildet vielmehr die Bürgschaft *pro parte*, d. h. die durch ausdrückliche Erklärung des Bürgen begründete Einschränkung seiner Haftungspflicht auf einzelne Theile der

Principalobligation. Der Bürge, der einem fremden Schuldverhältnisse schlechtweg beitrifft, garantirt eben, wegen Mangels einer abweichenden Willenserklärung, das ganze Rechtsgeschäft in allen rechtlichen Beziehungen und Folgen, gelobt *omnem causam* zu prästiren. Eine *fidejussio in omnem causam* ist jede ohne Einschränkung errichtete Bürgschaft.

Es versteht sich übrigens von selbst, daß die Bürgschaft durch spätere Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Schuldner nicht erhöht werden darf. War die Hauptforderung z. B. in dem Augenblick der Bürgschaftsleistung eine unverzinsliche, war das Hauptgeschäft, für welches der Bürge gut sagte, ursprünglich auf eine bestimmte Zeit errichtet, so kann die durch eine nachträgliche Convention zwischen den Hauptinteressenten etwa begründete Verpflichtung zur Zinsentrichtung, oder die nachträgliche Erweiterung des principalen Schuldverhältnisses über die anfangs bestimmte Zeit hinaus, den Kreis der einmal begründeten Verbindlichkeiten des Bürgen, ohne Zuthun des Letzteren, nicht erweitern; hier wird der Bürge für die Zinsen, und für die, aus der Verlängerung des Hauptcontractes originirenden Ansprüche des Gläubigers nicht einzustehen haben ^{b)}.

B. Aurländisches Recht.

§ 124 der kurl. Stat., Bausf. P. D. Tit. 23. § 1., und Friedrichst. P. D. Tit. 22. § 1. Piltten. Stat. Theil II. Tit. 12. § 3.

Sollte die oben erörterte Frage über den Umfang der Haftungspflicht des Bürgen nach gemeinem Recht auch als Controverse gelten dürfen, nach kurl. Rechte ist sie durch klare Aussprüche in eben derselben Weise entschieden, in welcher die Mehrzahl der Civilisten sie auf Grundlage des gemeinen Rechtes lösen. Der § 124 der kurl. Statuten läßt sich in unzweideutiger Fassung über den betreffenden Gegenstand aus. Er heißt:

Qui fidem in contractibus pro alio interposuit, tamdiu ipse, et haeredes ipsius obligati erunt, quoad contractibus per omnia sit satisfactum, nisi forsan ad certum tempus fidejusserit, et creditor elapso tempore debitori solutionem distulerit.

^{a)} l. 54. pr. Dig. (19. 2.), l. 2. § 12. Dig. (50. 8.), l. 5. Cod. (4. 54.)

^{b)} l. 7. Cod. (IV. 65.); l. 13 § 11. D. (XIX. 2.)

Betrachten wir zuerst die in den Anfangssätzen bis „sit satisfactum“ aufgestellte allgemeine Regel.

Wer für einen Andern in Hinsicht auf dessen Verträge Bürgschaft leistet, der soll selbst, und seine Erben so lange verhaftet sein, bis jenen Verträgen in allen Stücken, „per omnia,“ Genüge geleistet worden ist. Unter den Verträgen sind nicht die Bürgschaftsverträge, sondern die Hauptverträge zu verstehen; denn einerseits ist es füglich nicht anzunehmen, daß man sich für einen Schuldner (pro alio) bei einem Gläubiger („et creditor“) durch eine Mehrheit von Verträgen verpflichten werde, andererseits spricht der grammatische Wortlaut, — es müßte sonst schlechtweg „contractibus,“ nicht „in contr.“ heißen, — dafür, daß die zu verbürgenden Hauptverträge gemeint seien. „In contractibus pro alio“ heißt demnach soviel als in contractibus alius. Die Bestimmung derjenigen Verträge, welche in dem Gesetze erwähnt werden, ist aber in sofern nicht unwichtig, als der Umfang der Bürgschaft durch die Worte „quoad contractibus per omnia sit satisfactum“ bestimmt wird, und man sonach, wenn man hierunter den Bürgschaftsvertrag selbst versteht, zu dem Schlusse gelangen könnte, der Bürge hafte nur für dasjenige, was ausdrücklich und speciell in den Bürgschaftsvertrag aufgenommen worden. Eine so isolirte, und daher die accessorische Natur zerstörende Bedeutung geben die Statuten der Bürgschaft keineswegs; in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht soll der Gegenstand der bürgschaftlichen Verpflichtungen nach denen des Hauptschuldners bestimmt werden, die Grundlage der letzteren, der Hauptvertrag, auch die Basis der ersteren sein. Würde schon hieraus eine Verpflichtung des Bürgen zur Prästation aller Accessionen der Hauptforderung folgen, so zerstören die Zusatzworte „per omnia“ die letzten Zweifel. Der Bürge soll so lange verhaftet sein, bis dem garantirten Hauptvertrage in allen Stücken, also nicht bloß hinsichtlich des unmittelbaren Gegenstandes desselben, sondern auch in Ansehung der mittelbaren Folgen des Hauptgeschäftes, der Accessionen jeglicher Art, Genüge geleistet worden. — Selbst Madai ^{c)}, der die Stellung des Bürgen hinsichtlich der Accessionen auf dem Gebiete des gemeinen Rechts so sehr begünstigt, erkennt es an, daß das kurl. Landrecht diese Frage zum Nachtheile des Bürgen entscheide.

c) in der bereits oben erwähnten Abhandlung. S. 56.

Die pilkenschischen Statuten schweigen über die hier behandelte Frage; daher im Pilkenschischen der obige Grundsatz des kurl. Landrechts Anwendung findet.

Dasselbe gilt auch in Ansehung der Stadt Mitau, deren P. D. keine entsprechende Bestimmung aufzuweisen hat.

Dagegen weicht das Bauskesche und Friedrichstädtische Stadtrecht ab.

Die Bauskesche P. D. Tit. 23. § 1 und übereinstimmend die Friedrichstädtische P. D. Tit. 22. § 1 verordnen:

„So Einer Bürge wird auf gewisse Zeit für Schuld, der Bürge muß auf den Fall der Nichthaltung der Schuld bezahlen, vor den Schaden aber darf er nicht haften, sondern der Prinzipal muß denselben gelten und richtig machen, es wehre denn ein anders paciscirt und bedingt.“

Alle aus dem Rechtsgeschäft entspringenden, dem Gläubiger verursachten Schäden fallen demnach nach specieller Vorschrift der obigen Stadtrechtsbestimmungen dem Bürgen nicht zur Last; wenn v. Bunge ^{d)} daraus allgemein folgert, daß der Bürge zu keinen Zinsen verbunden sei, so dürfte diese Folgerung zu weit gehen, da nur die Verzugszinsen unter den Gesichtspunkt des „Schadens“ fallen, die Conventionalzinsen dagegen den unmittelbaren Gegenstand des Hauptvertrages bilden, und einer Verletzung dieses letzteren zu ihrer rechtlichen Begründung nicht bedürfen. — Von den in dem Hauptvertrage stipulirten Zinsen wird in den Stadtrechtsquellen nicht gesprochen; es gilt rücksichtlich ihrer daher die Haftungspflicht des Bürgen.

Eine Ausnahme von der Regel, daß der Bürge so lange verhaftet bleibt, bis der Hauptobligation per omnia Genüge geleistet worden, statuiren die kurl. Statuten in den Nachsätzen des § 124:

„nisi forsan ad certum tempus fidejusserit, et creditor elapso tempore debitori solutionem distulerit.“

Die Hinzufügung eines dies ad quem zu einer Bürgschaft kann eine zweifache Bedeutung haben. Sie bezieht sich entweder bloß auf den Gegenstand der Bürgschaftsverbindlichkeit, oder auf die Obligation selbst. Das Erstere findet dann statt, wenn die Hauptobligation ein Rechtsverhältniß zwischen den Haupt,

d) Kurl. Privatrecht. § 97. Anmerkung d.

interessenten herstellt, welches eine längere Zeit hindurch dauert, und in verschiedenen Zeitmomenten verschiedene Ansprüche erzeugt, z. B. ein auf unbestimmte Zeit geschlossenes Pachtverhältniß. Hier kann es nun die Absicht des Bürgen sein, nur für die Erfüllung der bis zu einem gewissen Zeitpunkte erwachsenen Forderungen des Gläubigers Sicherheit zu leisten. Er setzt daher in seinen Bürgschaftsvertrag einen Zeitpunkt hinein, wodurch er den Inhalt, das Maß seiner Verpflichtungen begrenzt. Ebenso, wenn der Hauptvertrag selbst auf eine bestimmte Zeit geschlossen ist, und der Bürge schlechtweg intercedirte. Hier bestimmt der Endtermin der Principalobligation den Umfang derselben, und hiedurch zugleich den der accessorischen. In beiden Fällen haftet der Bürge nur für die Ansprüche, welche innerhalb jener Zeit begründet wurden c). Dehnen die Hauptinteressenten ihr obligatorisches Verhältniß über jenen anfangs bestimmten Endpunkt hin aus, sei es ausdrücklich, durch Abschluß eines neuen Pachtcontracts, oder stillschweigend, durch ein *relocatio tacita*, so können die Forderungen der späteren Zeit, wenn nicht auch die Bürgschaft erneuert worden, dem Bürgen nicht zur Last fallen d); für die der früheren Zeit bleibt er natürlich verpflichtet.

Der dem Bürgschaftsvertrage einverleibte Endtermin kann aber auch eine andere Bestimmung haben, als den Gegenstand der obligatio fidejussoria zu bestimmen; er kann sich auf die Obligation selbst, auf die Dauer der Verpflichtung beziehen, und den Zweck haben, die Verbindlichkeit des Bürgen selbst nur eine gewisse Zeit hindurch gelten zu lassen, so daß nach Ablauf derselben der Bürge nicht weiter in Angriff genommen werden dürfe, sondern durch die Nichtverfolgung des Rechtes von Seiten des Gläubigers innerhalb der verabredeten Frist frei werde. Daß eine derartige Einschränkung der Bürgschaft durch einen dies ad quem zulässig, versteht sich von selbst e), da ein Endtermin bei allen Schuldverhältnissen gesetzlich gestattet ist f), und die accessorische Natur

c) Ihibaut. l. c. § 952.

Schweyde. Das röm. Priv. Recht. § 510.

f) l. 7. Cod. (IV. 65.)... non oportere te de posterioris temporis periculo adstringi...

g) l. 44. § 1. D. de Obl. et Act. (44. 7.)

l. 56. § 4. Dig. de V. O. (45. 1.)

h) Unterholzner. § 750.

Ihibaut. § 952.

Bucher. § 119.

der Bürgschaft freilich keine härtere Verpflichtung des Bürgen im Vergleiche zum Hauptschuldner, wol aber eine leichtere, und daher kürzere Zeit dauernde, zuläßt. Ein solcher dies ad quem ist um so zweckmäßiger bei der Bürgschaft, als der Bürge für ein fremdes Schuldverhältniß auftrifft, und es ihm offenbar daran liegt, daß der Gläubiger den Anspruch gegen den Hauptschuldner nicht zu lange unverfolgt lasse, und dadurch auch die Verbindlichkeit des Bürgen ins Unbestimmte perpetuire. Die Eingränzung der Bürgschaftsdauer auf eine gewisse Zeit ist um so rathamer, wenn der Bürge Grund zur Besorgniß hat, daß der Schuldner nach dem Verlauf jener Zeit in Vermögensverfall gerathen werde, und daß daher die Zögerung des Gläubigers sowol den Verlust des *beneficii ordinis*, als den des *regressus* gegen den Hauptschuldner herbeiführen könnte.

Die beiden Arten der Endtermine haben denn auch sehr abweichende Wirkungen. Während der Eintritt des den Inhalt der Bürgschaft bestimmenden Zeitpunktes keinen zerstörenden Einfluß auf die einmal begründeten Forderungen des Gläubigers hat, hebt der Eintritt des die Dauer der Bürgschaft begrenzenden dies die bereits begründeten Ansprüche des Gläubigers auf.

Die kurl. Statuten handeln nun im § 124 offenbar von der letzteren Art der Zeitbestimmungen; sowol grammatischer Wortlaut, als auch innerer Zusammenhang beweisen es. „Nisi forsan ad certum tempus fidejusserit;“ ad cert. temp. fidejubere heißt aber nicht für die bis zu einem gewissen Zeitpunkt begründeten Forderungen eintreten, sondern den bürgschaftlichen nexus selbst nur eine bestimmte Zeit über gelten lassen. Daß mit dem „ad certum tempus“ die Dauer der Verbindlichkeit bezeichnet werden solle, lehrt der Zusammenhang mit dem vorhergehenden „tamdiu obligati erunt, quoad contractibus per omnia sit satisfactum.“ Die Regel bildet demnach die Dauer der Bürgschaft bis zur wirklichen Befriedigung des Gläubigers, die Ausnahme hievon der Fall, wo vertragmäßig die Dauer ad terminum certum beschränkt wurde; dann währt die Verbindlichkeit nicht bis zu ihrer Erfüllung, sondern hört schon früher auf, nämlich die existente.

Die Statuten lehren weiter:

„et creditor elapso tempore debitori solutionem distulerit.“

Solutionem differre heißt einen Zahlungsausschub, eine Dilation, gewähren. Es scheint also daß eine zweite Ausnahme von der Regel der Dauer der Bürgschaft bis zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers dann eintrete, wenn

der Gläubiger, — versteht sich wol ohne Zuziehung des Bürgen, — dem Schuldner weitere Zahlungsfrist giebt. Das wäre eine Singularität, die von den Principien des gemeinen Rechts abweiche.

Wesentlich verschieden von dem dies ad quem einer Obligation ist nämlich der dies a quo derselben, der Zeitpunkt in welcher die Schuld fällig wird, und durch Klage geltend gemacht werden kann. Der dies ad quem macht der Obligation ein Ende, der dies a quo oder dies veniens bestimmt den Anfangspunkt ihrer Wirksamkeit; während der erstere ein terminus obligationis, ist der letztere ein terminus solutionis, der Zeitpunkt der geborenen Klage. Der Zahlungstermin des Hauptschuldners nun ist, wenn nicht Gegentheiliges verabredet worden, den auch der des Bürgen. Das mit jenem Zeitpunkte begründete Klagerrecht gegen Bürgen währt so lange, bis es auf rechtsgiltige Weise erloschen. Rückt nun der Gläubiger, ohne Zuziehung des Bürgen, dem Hauptschuldner den dies a quo hinaus, gewährt er ihm Stundung, so fragt sich's, ob diese prorogatio termini auf die Obligation des Bürgen Einfluß übe? Einen Einfluß gewiß, weil, mit Ausnahme der rein persönlichen, alle dem Hauptschuldner zu Gebote stehenden Einreden auch dem Bürgen nützen ¹⁾. Der Bürge kann sich daher unstreitig auf das zwischen den Hauptinteressenten abgeschlossene pactum de non petendo in tempus berufen, und die Zahlung vor Eintritt des prorogirten Termins verweigern. Einen zerstörenden Einfluß auf die obligatio des Bürgen hat die Erweiterung der Zahlungsfrist an und für sich nicht, da die Verlängerung des Termins ein bloßer Aufschub der Zahlung, kein Erlass der Schuld, ein pactum dilatorium, nicht liberatorium ist, und für den Bürgen nicht andere Erfolge haben kann, als für den Hauptschuldner ²⁾. Zwar sind einige Rechtslehrer der Ansicht, daß unter gewissen Umständen, wenn nämlich die Dilation als eine negligentia des Gläubigers in exigendo betrachtet werden müsse, z. B. wenn der Schuldner zur Zeit des anfänglich festgesetzten Zahlungstermins

¹⁾ l. 19. Dig. de except. (44. 1.) Omnes exceptiones, quae reo competunt, fidejussori quoque, etiam invito reo, competunt.

l. 7. § 1. Dig. (44. 1.) Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt; und speciell über das pactum de non petendo: l. 21. § 5. Dig. de pactis (2. 14.) . . . itaque debitoris conventio fidejussoribus proficiet.

²⁾ cf. Mead. Erörterungen. Bd. III. S. 72.

Bangerow. S. 145.

solvent war, man aber seinen späteren Vermögensverfall voraussehen konnte, die Fristbewilligung eine Befreiung des Bürgen zur Folge haben könne. Abgesehen aber davon, daß auch nach dieser Ansicht die Befreiung nicht Folge der Fristverstattung, sondern der durch jene an den Tag gelegten, von andern Voraussetzungen abhängigen Nachlässigkeit des Gläubigers in der Verfolgung des Hauptschuldners wäre, kann auch in diesem Fall eine Entlastung des Bürgen nicht zugegeben werden, weil dieser Schluß aus der nach diesseitiger Meinung nicht zu rechtfertigenden Prämisse gezogen ist, als sei jede Bürgschaft ihrer Natur nach eine bloß eventuelle, durch die Unmöglichkeit, von dem Schuldner Befriedigung zu erlangen, bedingte Verpflichtung (cf. S. 41 ff. u. 52 ff.).

Eine Derogation des gemeinrechtlichen, aus dem Begriffe der Dilation folgenden Satzes, daß diese den Bürgen nicht befreie, findet sich bei genauerer Erwägung in dem § 124 durchaus nicht geboten. Der Schlusssatz des Paragraphen beginnt mit der Partikel „et“; dieses „et“ ist copulativ, nicht disjunctiv zu nehmen; es reiht die folgenden Worte an den vorhergehenden Satz „nisi forsitan ad certum tempus fidejusserit“ an; wäre das solutionem differre ein selbstständiger, unter allen Umständen wirkender Erlösungsgrund der Bürgschaft, so müßte es „aut sol. dist.“, nicht „et sol. dist.“ heißen. Ebenso beziehen sich die Worte „elapso tempore“ auf den vorhergehenden Satz, wo von einer Bürgschaft „ad certum tempus“ die Rede ist. Der Sinn des Gesetzes wäre demnach der, daß unerachtet des Fortbestehens der obligatio principalis die Bürgschaft erlösche, wenn die letztere an einen Endtermin gebunden, und der Gläubiger ohne Zuthun des Bürgen dem Schuldner weitere Frist gewährt. Beide Bedingungen müssen zusammentreffen, es muß auf eine gewisse Zeit gebürgt sein, und dennoch Frist gegeben sein. Die bloße Fristgewährung ist daher auch nach kurl. Rechte nie Befreiungsgrund des Bürgen; dieser liegt vielmehr in dem Ablauf des tempus fidejussionis. Darum kann auch nicht jede Dilation die angedeutete Folge haben, sondern nur diejenige, welche den Zahlungstermin über den Endtermin der Bürgschaft hinauschiebt; denn nur in diesem Falle wirkt der befreiende Umstand, der Eintritt des Endpunktes der Bürgschaft. Hierauf weist ausdrücklich der § 124, da zu dem „solutionem differre“ das „elapso tempore“ gesetzt ist, welches augenfällig nicht auf den Anfangs bestimmten Zahlungstermin, sondern auf das „certum tempus“ des vorhergehenden Satzes, also den Endtermin der Obligation selbst, geht.

Das aus dem § 124 gewonnene Resultat ist demnach: daß die *dilatio solutionis* nur dann den Bürgen enthalte, wenn auf gewisse Zeit gebürgt, und der fernere Zahlungstermin über diese Zeit hinaus gerückt wird. Die Befreiung ist dann die weitere Folge der Dilation; denn vor dem Eintritt des erneuerten Zahlungstermins kann der Bürge nicht belangt werden, weil die dem Schuldner gewährte Verfristung auch ihm, dem Bürgen, nützt, das Klagerrecht mithin noch nicht geboren ist; nach dem Eintritt des neuen Zahlungstermins aber nicht, weil mit diesem auch die Bürgschaftszeit abgelaufen, das Klagerrecht *lapsu temporis* zerstört ist. Es fragt sich endlich, ob nur der, durch ausdrückliche Convention über die Dauer der Bürgschaftszeit bewilligte Aufschub, oder nicht ebenso die Nichtanstellung der Klage innerhalb des terminus ad quem auf den Bürgen jene liberatorische Wirkung äußere. Es sprechen nicht bloß allgemeine Gründe, da, wie mehrfach hervorgehoben, nicht die Stundung an sich, vielmehr der Zeitablauf der Bürgschaft ein Ende macht, und dieser Grund bei Nichtanstellung der Klage ebenso zutrifft, sondern auch die Wortfassung des Gesetzes für die Bejahung der Frage. Der Ausdruck „*solutionem distulerit*“ hebt nur die Thatsache des Zahlungsaufschlusses als das befreiende Moment hervor, ohne zu einer Unterscheidung zwischen ausdrücklicher, durch Vertrag begründeter, und stillschweigender, tatsächlicher, durch unterlassene gerichtliche Geltendmachung des Anspruches gewährter Fristbewilligung zu berechtigen.

Da folchemnach die Nichtanstellung der Klage innerhalb des *tempus fidejussionis* gleich der ausdrücklichen Dilation den Bürgen befreit, so ist schließlich noch zu bestimmen, welche Klage der Gläubiger, zur Vermeidung des Erlöschens der Bürgschaft, innerhalb der verabredeten Frist anzustellen habe: ob nämlich die Verfolgung des Bürgen nothwendig, oder ob es schon genüge, wenn er den Hauptschuldner vor dem Ablaufe derselben belangt. Es reicht nun gewiß die Belangung des Letztern hin, um das Klagerrecht gegen den Bürgen auch über jenen Zeitpunkt hinaus zu conserviren. Der Gläubiger kann nämlich, im Hinblick auf das dem Bürgen zur Seite stehende *beneficium excussionis*, den Letztern nicht eher mit Effect belangen, als bis der Hauptschuldner zuvor ausgestellt, verurtheilt, aber unvermögend befunden ist. Diese Reihenfolge der Belangung, da sie die regelmäßige ist, haben auch Bürge und Gläubi-

ger gewiß im Auge, wenn sie einen Endtermin der Bürgschaft in ihrem Vertrage verabreden. Die Zeitbestimmung involvirt keine Entsagung auf die *exceptio ordinis*. Da nun die Beendigung des Processes mit dem Hauptschuldner eine nothwendige Voraussetzung der wirksamen Belangung des Bürgen ist, die Beendigung dieses Processes innerhalb des für die Bürgschaftsdauer angelegten Zeitlaufes aber nicht in der Macht des Gläubigers liegt, mit andern Worten, da Anwendung des *ben. ordinis* und Angriff des Bürgen vor dem terminus ad quem oft unvereinbar sind, so kann nach der vorauszusetzenden Absicht der Contrahenten jene Zeitbestimmung nur die Bedeutung haben, daß der Gläubiger den Hauptschuldner nicht über jene Zeit hinaus unbelangt lasse, widrigenfalls der Bürge frei werde. Eine gegenheilige Deutung der Zeitbestimmung würde die ganze Bürgschaft illusorisch machen. Angenommen A. verspräche zum 1. Januar 1850 eine bestimmte Summe, und B. verbürgte sich für diese Schuld bis zum 1. Februar 1850. Da nun offenbar der Gläubiger vom 1. Januar bis zum 1. Februar den Proceß mit dem A. nicht beenden kann, so muß er, wenn er vor dem 1. Februar 1850 gegen den Bürgen auftritt, gewärtig sein, mittelst der dilatorischen Einrede der Voraußklage abgewiesen zu werden. Stünde ihm nun, wenn er nach erfolgloser Beendigung des Verfahrens gegen den A., also nach dem 1. Februar 1850, den Bürgen in Angriff nimmt, die peremptorische Einrede der abgelaufenen Bürgschaftszeit entgegen, so wäre die ganze Verbürgung eine offenbar unwirksame, nichtige, da deren Zweck, die Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen, selbst bei aller Diligenz des Creditors auf keinerlei Weise zu erzielen wäre. Es ist aber bekanntlich diejenige Deutung eines Rechtsgeschäftes, wodurch dasselbe aufrecht erhalten wird, stets anzunehmen, sofern nicht der Wortlaut desselben sie schlechthin untersagt. Nicht bloß die Billigkeit, sondern der offenbare Zweck, den die Contrahenten mit dem Endtermine verbinden, — *pacta dant legem*, — führen darauf hin, daß das Klagerrecht gegen den Bürgen unerachtet des *lapsus temporis* fortbauere, wenn nur der Gläubiger den Hauptschuldner innerhalb der Bürgschaftsfrist belangte. Die Fassung des § 124 Stat. sanctionirt diese Deutung vollkommen, indem zur Abwendung etwaiger Zweifel zwischen den Worten „*nisi creditor elapso tempore solutionem distulerit*“ ausdrücklich das „*debitori*“ eingeschaltet steht. Es muß demnach dem Hauptschuldner, nicht dem Bürgen, die Frist über den Bürgschaftstermin erstreckt worden sein, um die Befreiung des Letzteren herbei-

zuführen. Was aber von der ausdrücklichen Dilation, gilt auch von der thatsächlichen, d. h. der Nichtanstellung der Klage.

Auch die piltenschen Statuten enthalten eine Verordnung über Zeitbestimmungen bei der Bürgschaft.

Der § 3 des zweiten Theiles, Tit. 12. besagt:

„Wo ein Bürge für einen Contract, der auf eine gewisse Zeit gerichtet, hatt gelobet, und der Schuldner von dem Gläubiger, ohne weytere Erstreckung oder Erneuerung der Bürgschaft Aufschub erlangt, so ist die Bürgschaft erloschen.“

Hier wird offenbar nicht der in dem § 124 der kurl. Statuten erörterte Fall behandelt. Während in dem letzteren von einer Beschränkung der Bürgschaftsdauer durch eine Zeitbestimmung die Rede ist, setzt der § 3 eine Zeitbestimmung voraus, durch welche der Inhalt der Bürgschaft begrenzt wird. Es heißt hier nicht „wo ein Bürge auf eine gewisse Zeit (ad certum tempus) gelobt hat,“ sondern wo er „für einen Contract, der auf eine gewisse Zeit gerichtet, hatt gelobet.“ Nicht die Bürgschaft, sondern der verbürgte Hauptvertrag war auf bestimmte Zeit geschlossen worden, d. h. das zwischen den Hauptinteressenten begründete Rechtsverhältniß sollte nur einen gewissen Zeitraum über, z. B. der eingegangene Pachtvertrag während einer Reihe von 6 Jahren, Geltung haben. Die Zeitbestimmung hat hier nicht den Zweck, den aus dem Vertrage entspringenden Forderungen nur innerhalb dieser Frist rechtliche Wirksamkeit zu gewähren, sondern festzusetzen, bis zu welchem Zeitpunkt der Vertrag Entstehungsgrund von Rechten sein solle. Der Eintritt des Zeitpunkts hat daher nur die Wirkung, daß das Rechtsverhältniß selbst erlischt, nicht Quelle neuer Forderungen sein kann; die innerhalb der Vertragszeit bereits begründeten Ansprüche verlieren aber nach Ablauf derselben nicht ihre Kraft. Ein Gleiches gilt natürlich auch für den accessorischen Schuldner, den Bürgen. Auch auf seine Obligation hat der Endtermin des ursprünglichen prinzipalen Rechtsverhältnisses nur den Einfluß, daß er für etwaige, nach jenem Zeitpunkte von Neuem begründete Verpflichtungen des Hauptschuldners nicht haftet, da die letzteren nicht Gegenstand des ursprünglichen Hauptvertrages, mithin auch nicht der Bürgschaft, waren; die innerhalb der verbürgten Vertragszeit bereits begründeten Verpflichtungen des Bürgen hebt aber der Eintritt des terminus ad quem nicht auf, denn dieser setzt nur dem sachlichen Inhalt der Bürgschaft, nicht deren zeitlicher

Wirksamkeit Schranken. Aus dem Gesagten ergibt sich ohne Weiteres der Sinn des Gesetzes. Er ist eine Folgerung aus dem allgemeinen Grundsatz, daß der auf ein Bestimmtes beschränkte Gegenstand einer Obligation durch nachträgliche Geschäfte dritter Personen nicht erweitert werden kann. Unter dem „Aufschub erlangt“ ist demnach nicht das „solutionem distulerit“ des § 124 der kurl. Statuten, nicht Aufschub des Zahlungstermins, sondern Aufschub des Contractes, d. h. ausdrückliche oder stillschweigende Prolongation des Hauptvertrages über die anfangs festgesetzte Zeit, zu verstehen; diese Contractsverlängerung kann dem Bürgen nicht nachtheilig werden, da er nur für die Schulden einer bestimmten Zeit gutgesagt hat. Für die Forderungen der späteren Zeit haftet er nicht, es sei denn, daß er selbst an der Erweiterung der obligatio principalis Antheil genommen. Die in den Worten „so ist die Bürgschaft erloschen“ ausgesprochene Wirkung der Contractserweiterung zwischen den Hauptinteressenten, ist demnach auf die Schulden der prorogirten Contractzeit einzuschränken; hinsichtlich dieser erlischt die Bürgschaft; für die Forderungen der verfloffenen Zeit, für die ursprüngliche Hauptobligation, bleibt der Bürge dagegen nach wie vor verhaftet 1).

Die piltenschen Statuten erörtern daher den Fall der l. 7 Cod. (IV. 65), cf. Seite 85 und entscheiden ihn in gleicher Weise.

1) cf. Madaï. l. c. S. 74. ff.

fünfter Abschnitt.

Verjährung der Bürgschaftsklage. § 146 Stat. curl.

Es ist schließlich noch einer Singularität des Provinzialrechts hinsichtlich der Bürgschaft zu erwähnen.

Der § 146 Stat. curl. besagt:

„Verbalis enim sdejussio, quae in scriptis redacta non est, a n n o expirat.“

Während nach § 149 der curl. Stat. die Extinctivverjährung der Civilklagen schon im Allgemeinen dadurch begünstigt ist, daß an Stelle der 30jährigen Verjährungsfrist des röm. Rechts ein Zeitraum von 5 Jahren gesetzt wird, soll nach dem § 146 das Klagerecht aus der mündlich geleisteten Bürgschaft bereits nach dem Ablaufe eines Jahres erlöschen. Für die schriftliche Bürgschaft ist demnach in Kurland die allgemeine fünfjährige Präscriptionsfrist die geltende. Aus dem Zusatz „quae in scriptis redacta non est“ scheint indeß hervorzugehen, daß die mündliche Entstehungsform der Bürgschaft zur Begründung der 1jährigen Präscription nicht hinreiche, sondern es hiezu noch dessen bedürfe, daß auch später, nach Perfection des Vertrages, keine schriftliche Aufzeichnung desselben erfolgt sei. Hiernach würde denn auch der in der Praxis häufig vorkommende Fall zu entscheiden sein, wo die von dem Kläger im Proceß zu gewährende cautio pro damnis et expensis durch mündliche Erklärung eines Bürgen vor Gericht geleistet wird, welche hierauf in das Protokoll der Sache oder das sogenannte Partenbuch verschrieben wird. Obgleich hier die obligatio durch ein bloß mündliches Versprechen begründet wird, so ist sie dennoch „in scriptis redacta,“ und daher von der Bestimmung des § 146 zu eximiren, welche nur diejenige mündliche Bürgschaft trifft, „quae in scriptis redacta non est.“